

Fating Zhengju
de Lilun yu Shijian Xintan

法庭证据
的理论与实践新探

王冠卿/著





法庭证据的理论与实践新探

ISBN 978-7-301-23533-1

9 787301 235331 >

定价：38.00元

Fating Zhengju de Lilun yu Shijian Xintan

法庭证据
的理论与实践新探

王冠卿／著



图书在版编目(CIP)数据

法庭证据的理论与实践新探/王冠卿著. —北京:北京大学出版社,2014.1
ISBN 978-7-301-23533-1

Ⅰ. ①法… Ⅱ. ①王… Ⅲ. ①证据-法学-研究 Ⅳ. ①D915.130.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 287989 号

书　　　名: 法庭证据的理论与实践新探
著作责任者: 王冠卿　著
责 任 编 辑: 丁传斌　朱　彦　王业龙
标 准 书 号: ISBN 978-7-301-23533-1/D·3467
出 版 发 行: 北京大学出版社
地　　　址: 北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　　址: http://www.pup.cn
新 浪 微 博: @北京大学出版社
电 子 信 箱: law@pup.pku.edu.cn
电　　　话: 邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62752027
　　　　　　出版部 62754962
印　刷　者: 三河市博文印刷厂
经　销　者: 新华书店
　　　　　　965 毫米×1300 毫米　16 开本　19.5 印张　310 千字
　　　　　　2014 年 1 月第 1 版　2014 年 1 月第 1 次印刷
定　　　价: 38.00 元

序　言

笔者在从事司法鉴定类的实务工作中，以兼职律师的身份从事了若干年的刑事与民事案件的辩护和代理工作。职业生涯之初的公诉人经历等多样性的阅历使笔者得以从不同的角度感受证据。这种感受并不总是能够用语言所表达的。司法程序中的案件，相当多的证据有待于核实。然而，由于各种各样的因素，证据最终以瑕疵状态被作为有罪证据。绝大多数的律师同法官和公诉人一样，并不真正完全了解证据中的问题。因此，公诉人很少处于窘迫地位，法官对可能存在的证据的其他证明方向无动于衷，案件及其证据依然在司法程序的固有轨迹上运行，到达审判的终结点。如果冤案没有被揭露出来，这些卷宗将永远"沉睡"在档案室内，再也无人问津。造成这种现状的原因如下：

1．证据检验的科学性没有得到重视。证据检验人尚没有严格按照科学、专业的内在要求检验证据，法官和检察官更是很少有机会接受证据专业检验的培训机会。至于律师和其他法律工作者，由于证据技术知识的传播涉嫌提供犯罪谋划或者反侦查的"教材"，在一定程度上被剥夺了了解证据知识的机会。

2．长期的案件调查传统，使得案件调查人员相信口供胜过相信证据。在很多冤案中，这种证据意识的表现非常明显。虽然证据表明存在非罪的证明方向，但是并不重视证据上的证明意义。相反，办案人员依然在口供上"深入发掘"，在定向思维的错误道路上越走越远，直到把嫌疑人和承办人自已拖入万劫不复的深渊。

3．证据立法的无效。证据立法犯有其他法律立法上的错误：法条的表达中主题词含义模糊、抽象、空洞，法条不具有可操作性。相当一部分法条的表达方式更像是政府公文。立法者表现得不够专业，没有遵从立法学上的自然、科学规律；在立法之初没有以准确适用、避免产生歧义为立法的根基，更未考虑法律在今后执行中的严格性。证据法尤其应当尊重证据本身所体现的科学性质。我国完整意义上的证据法还未制定，一些代证据法

的法律文件最近相继制定，并被用以指导案件的调查和审判，如《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。然而，实践证明，这些文件对于改善案件调查工作并没有起到明显的作用，基本上是指导公诉和审判的证据审查方法上的指引，而对案件调查的基础、如何使得证据的操作更好地证明案件发生经过，不具备法律上的指导意义。案件的侦办工作并未得到明显的改善。由于两个证据规定中的例外性规定的宽容程度过高，革新性的法条引用意义被抵消，使得此两项法规并不存在改变现状的显著意义。

有过研修法医学和物证技术检验经历的笔者，感到目前的情况辜负了珍贵的证据本身以及案件在审判本质上的公平、正义要求。十几年以来，笔者一直希望能够做点什么来改善案件调查的现状，始终在思考的一个问题是：如何增加案件调查中的科学成分，避免主观判断所造成的偏差？这个问题不仅包括证据工作操作的程序，证据工作应当反映的科学原理和技术方法运用上的自然逻辑，以及程序和逻辑在法庭上的再现和验证，还包括获得犯罪嫌疑人口供的方法上的科学原理运用，以减少主观因素对口供真实性的影响。这个问题不但决定了证据本身是否符合司法审判的内在要求，更加决定了对案件发生经过的准确认定。

在华东政法大学司法鉴定中心从事证据检验的十几年经历，使笔者积累了许多关于证据检验工作的实践经验。感谢华东政法大学给予笔者从事兼职鉴定人和兼职律师的机会，使得笔者能够从证据检验的正反两个方面感受证据工作的成败，对于证据的各个方面能够深入地思考，并得到一些见解。同时，也感谢上海市教育委员会提供三次关于证据的研究项目资助。本书是其中“司法鉴定的标准化研究”（编号：05JS21）的研究成果。最后，感谢华东政法大学司法鉴定中心“上海市教委重点学科建设项目”（编号：J51102）对本书的出版给予资助。在这里，笔者表示深深的谢意，没有你们的帮助，就没有本书的出版。

证据工作的改善是所有法律工作者的心愿，是所有法律人关心的问题。由于笔者工作较为繁忙，本书的撰写较为匆忙，难免有很多观点错误或不周全的地方，希望广大同仁批评指正。

王冠卿

目　录

第一章　证据与法庭可接受的证据

证据的本质和关于证据的法律规定，是物证技术存在和发展的基础。证据的本质就是，在案件调查和审理中，证据满足证明案件情况的内在要求或者内在功能，主要表现在证据经过科学方法论证与案件的发生和经过存在内在联系。证据的本质层面具有自然科学属性，正是这一属性成就了物证技术存在和发展的基础。关于证据的法律规定，指引了物证技术工作的方向，并最终确认证据工作是否有效。证据必须成为法庭可接受的证据，这需要具有专业技术的科学家依据科学原理，使用经检验可靠的技术手段给予科学上的论证。法庭可接受的证据分为两个层面：一个层面是在自然科学的证明层面上，证据具备了被法庭接受的条件；另一个层面是指法庭接受证据的现实做法。也许被接受的证据从自然科学的证明层面上并没有满足证据自然层面上的要求，也许法庭会接受自然属性上有欠缺的证据用来证明并不可靠的事实，虽然这种现状会带来各种各样的问题，甚至导致错案的发生，但它仍然是证据被接受的一种主要状态。导致这种状态的发生有两个方面的原因：一是证据法律不完善；二是证据技术的发展以及在案件调查与审判的专业人员中证据技术培训不充分。证据法律规定上的欠缺主要表现为立法过程中没有尊重科学的技术规范，立法程序中没有做到将法律规范与证据技术的需要进行完美的结合。证据技术在案件调查和审判的专业人员中的培训几乎没有，很少有侦查人员和审判人员充分了解证据技术的广度和深度。这种状态导致这些专业的案件调查和审判人员在遇到证据存在问题情形时显得无所适从，不能作出恰当处置。鉴于这种情况，笔者试图使读者能够在以上问题上有所收益，故本章中要阐述的是从自然科学的属性上论证证据被法庭接受应当具备的条件问题。

证据在国外学术研究中通常分为人证和物证，国内许多专家也有如此分类的学理研究。人证和物证两者的共同特点表现为：证据本身具备可能被用来证明与案件事实重建关联的内容和含义。证据在案件中是不可缺少的部分，是构成案件的基本元素。这是基于案件成立的条件下的证据状

态。在案件未经确认是否成立的条件下，证据能否在案件中成为被接受的证据，成为案件经过成立的证明要素，需要具备必要的条件才能实现这种状态。所谓的证据特定化，就是证据在其所证明的案件中的特定性处理程序及结果。

第一节　确定证据的特定性是证据工作的基本要求

在审判实践中，证据必须真实，具有对案件经过的证明作用。证明作用是证据的生命力。证据只有拥有这种生命力，才能解决审判制度中存在的证据不足问题。证据的生命力连接了证据的真实性和有真实依据可鉴的证明作用。首先，证据的真实性是证据被法庭接受的首要条件。不具有真实性的证据不仅可能与本案无关，还有可能误导裁判者、干扰案件的调查。其次，证据必须表现出应有的证明作用。证据的证明作用不是假想的，也不是毫无依据、一厢情愿地进行推测的结果。证明作用是显而易见的，其功用的验证性是人人都能够感知的、不容置疑的一种存在。即证据的证明作用不是预设的，而是按照一定的程序，依据某些特征鉴别确认的。一个案件中的所有证据的联合证明作用，必须表明证明的结果指向只有一种可能性，不可能有第二、第三种可能性。这种单一证明方向是任何一个正常人都能够得出的判断结果，不是个别人基于偏见的主观猜想的结论。证明作用是证据的生命，只有证据具备完全的证明功能，才能构建一个完整的案件。

无论是证据的真实性还是证据的证明作用，其结果的实现是对证据本身的特定性进行确证的严谨过程。所谓的特定性，就是该证据具备区别于其他同类证据达到唯一程度的一种性质。证据的特定性经过确证之后，其真实性、合法性和关联性三个基本属性均得到了认定。同时，证据的特定性处理也是实现证据三个基本属性的重要保障。

证据的证明作用系依靠发掘证据深层次含义的证据工作实现的。这些工作表现为诸如验证证据的原始状态、属性、性质、内容及其表达的与案件事实有关的含义。这种发掘证据内在含义的工作其实就是确定案件中某证据区别于其他案件中的同类证据，或者是与案件无关的其他同类物体相区别的个性化识别过程。例如，某个杀人案件中的凶器，假如是一把用于杀人的刀，必须确定这把刀就是本案犯罪嫌疑人杀死本案受害人的刀，

与属同类工具的其他案件中作案的刀或者非案件中的同种类型的刀具相区别。其区别表现为实实在在的内容,而不是凭空想象。虽然在一个案件中,不是每个证据都具备进行特定化处理的条件,但是在能够特定化处理的情况下置之不理,无疑是在摧毁证据的生命力。

一、证据的特定性概念

最初存在的证据最后并不必然是证据,即使证据本身是真实的,而且似乎具有证明作用,仍然不能称之为“可接受的证据”。证据的证明作用必须是能够证明特定的本案的事件过程因素,如此才具有了具体案件的完整证明作用。证据具备完整证明功能的重要标志,就是案件中的言辞(嫌疑人、当事人或者证人的言辞)、物体、物质(如作案工具、赃物、赃款、尸体、痕迹、物品等)成为特定的言辞、物体、物质,而不是种类的言辞、物体、物质。这个特定性指的是个性化,是特别属于本案所有的、与本案有密切联系的言辞、物体、物质。

特定性或者个性化是通过一系列的特征表现的。经全部特征特定化的综合表现,从而从主观上判断一般具备了特定性或者个性化的性质。比如赵作海案件中的言辞证据,赵的供述只是种类言辞,具备其他案件中供述的共性:暴露在案件中的、已知的作案动机、作案时间、一般的杀人经过、碎尸和抛尸等表现为种类性质,而不是个性化性质的言辞特点;用以证明个性化的、案件信息尚未揭示的,如杀人凶器去向、尸体头颅的埋藏地点等言辞特征缺失。赵作海案件中的赵妻等证人证言也是种类言辞,麻布的特征是审讯人员所知道的,赵妻承认包裹尸体的麻布是自己家的,证人没有描述侦查人员所不了解的信息。用于证明个性化的自家的麻布与他家的麻布相区别的特征描述系诱供所形成。该案中的物证——尸体,是一个种类物,却只是一个尸体而已,证明尸体个性化的身高差异被忽视了,证明尸体个性化的 DNA 没有结论。法官、检察官和负责刑事侦查的办案警察不具备证据特定化的观念,轻易将种类特点的证据认定为个性化的证据,对证据的多样化证明方向假想为只有一个指向,势必在错误的道路上越走越远。

关于言辞证据的一般性(或者也可以称为“共同性”)与特定性的界定,笔者认为应以案件的细节信息有无被多人共知,或者向被审讯人或者证人透露为标准。原因在于:案件的信息一旦成为已知信息,那么知道的

人就不止一个，包括侦查人员、审讯人员、领导者和其他可以接触到案件信息的人，比如案件发生地的居住人员。这些人对共知的信息都可以作出同样的表述。案件嫌疑人如果对共知的信息作出供认，只能算是具备了言辞证据的一般性或者共同性特征。对鲜为人知的案件信息，比如侦查中未找到的凶器的下落、未找到的人头的埋藏地、包裹尸体的麻布的缝纫状况或者破损等不为人知的特征，只有嫌疑人有供述或者证人有描述，关于供述及证词的特定性才得以具备。关于证据特定化处理的关键问题在审讯和问询实务中并没有得到重视，尤其是没有经验的侦查人员，往往犯有一厢情愿的错误，宁愿相信那些一般性的供述是确定无疑的供述，也就是说没有重视供述或者证人中的个性化信息的问询，或没有回答所应遵守的客观规律。因此，这往往会导致案件的处理出现致命的错误。

二、证据特定化处理的工作要求

证据的处理过程对于证据是否具备个性化的性质、最终是否能够成为特定性的证据非常重要。正确的处理方法才能使证据不会丧失本来的面貌，同时可以发掘证据的本质的证明含义，使证据在法庭中成为真正的证据，具备能够证明其与案件充分关联性的证明作用。证据本身不等同于法庭中可接受的证据。法庭上的言辞证据必须是自由陈述的，才能成为可接受的证据。只有自由陈述的供述才能表达本案言辞证据中的特有内容。通过威逼、利诱、哄骗的方法获得的言辞证据一般不会具备个性化的案件信息内容，表现为在那些没有发生在自己身上的、不知道真实情况的案情方面，嫌疑人表达不能或者表达先后不一致。除非犯罪嫌疑人深知那些不为人知（尤其是警察不掌握）的案件特有信息对于言辞的可信性以及自身面临的利益损失意义重大，因此掩饰或者拒绝供述个性化的案件信息。同时，对于这些意义重大的信息予以坦白，意味着以后改变说法成为不可能。法庭上的物证必须是特定物，证据处理工作要围绕如何发掘物证的个性化，也即物证属于本案所特有的任何特征展开。这些特征的指向是能够确定与本案有关联的特点，只有这样，物证才能为法庭接受。比如杀人凶器，必须证明凶器上同时确证具有被害人的血液 DNA 和嫌疑人的指纹或者表皮细胞 DNA，才具备了证据的特定性，将犯罪嫌疑人、凶器、被害人联系在一起。如果这两者缺少一个，证据链条就是断裂的，就需要有其他的证据加以辅助证明，比如作案带有手套或者其他证明杀人行为存在的证据。可

见，证据的特定性是案件侦查的基本要求。但是，这些证据上的本质要求在司法实践中都没有得到重视。在实践中，人们往往犯有这样的错误，将只有种类特征表现的物证一厢情愿地认定为具有特定性特征表现的物证。司法实践中，几乎在每一个刑事案件中都存在这样的证据问题。这样认定证据的结果必然把不确定的案件情况认定为确定的案件情况。

三、证据特定性的基础条件

从理论上来说，法庭上可接受的证据必须具备三个属性：合法性、真实性和关联性，三者缺乏其一就不具备证据的特定性，就不能称之为“可接受的证据”。虽然在理论上和法律中也强调证据必须体现真实性、合法性和关联性，但在我国无论是法律上的规定还是在审判实践中，证据的三个关键内容均没有受到重视。对合法性、真实性和关联性的研究仅限于学理上的，很少有人从科学原理的角度深入探讨这个问题。三者在审判实务中没有得到重视的原因是，证据技术方面的运用没有达到应有的广度和深度，在长时期处于这样的状况下只好因陋就简。合法性是真实性和关联性的保障，真实性是关联性的前提条件，关联性是证据效力的生命。只有具备了以上三个要求，发掘和论证证据的特定性才具备了前提条件，证据的特定性才能成为工作的重心。证据的真实性和关联性是要靠科学技术的检验手段加以确认的。证据的合法性取决于对证据的整个操作、处理程序的法律规定，违反了这个规定，所采取、传递、检验的证据就是违法的，不能被采信。由于没有相关的具体操作规范的法律，所以与证据处理有关的工作人员对待证据的任何行为，即使有可能存在证据的遗失、损坏、调换、污染等情况，仍然不被视为违法。

第二节　现行诉讼法律中证据规范的缺陷

所谓立法，制定法律条文并不是目的，关键是制定有实施保证基础的、理性的、有利于经济发展和社会效率提高的证据法。首先是制定理性的、有利于经济发展和社会安全的证据法。研究证据的立法，有必要首先研究证据立法的基础。单纯凭借想象来制定一部完善的证据法，是不符合现实要求的。这种证据法从出生那天起就意味着可能是一种摆设，犹如诉讼法中对律师探视被拘留人员期限的规定一样，事实上很少有律师能够享有该

法规定的权利。在这个层面上,希望最大限度地完善证据法无疑是一个理想。尽管如此,一部符合社会发展的自然规律和公平正义要求的证据法有可能在实践中得以制定。这虽然不是轻易能够实现的事实,但至少会对法律环境的改善有正面的影响。

商品经济自身的规律是实现社会良性发展所不能摒弃的。经济的发展不是孤立进行的,而是由与之相配套的政治、法律制度共同作用的结果。其中每一个方面要达到良好的效果,都必须基于科学的、自然存在的规律。这些客观存在的自然规律存在于社会中。社会是个复杂的有机体,客观规律发生作用需要依附于与其相适应的运行机制。国家的实践是由国家的公民实施的,政策的推行最终转化为公民的行动。国家的管理是由一个国家的公民共同实现的。以人为本的国家管理制度才是最科学的制度,真正体现以人为本精神的政治、经济管理机制才是最科学的政治、经济管理模式。一个国家的良性发展,是以科学的自然发展规律为基础的,并渗透于主流价值观念。蕴含了科学的自然发展规律的主流价值观念代表了人类的理性,以理性的主流价值观念为指导,才是实现以科学的自然发展规律为指导的保障。以人为本的价值观念就是这种渗透了科学的自然发展规律的理性观念。证据法作为国家机器运转的一个部件,同样需要顺应自然的客观规律。

笔者对法律中证据规范的研究和论证系以证据的本质要求、实务中证据的操作为出发点,寻找和发现现有法条中所存在的问题。我国两大诉讼法律关于证据的规定显得粗陋,在立法上没有充分考虑应用上的需求,缺乏立法的技术性和科学性要求。关于刑事案件的两个证据规则和 2004 年的民事证据规则虽然有进步,包括最新的《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》在证据方面有所创新,但是仍然缺乏足够的可操作性依据。

一、以科学的自然规律为基础的证据法的特性

与其他法律相比,证据法有比较明显的特征。一般的法律,如民法、刑法甚至宪法等,更多地体现的是社会现象的规律,调整的是人与人之间的关系。证据法作为法律的一种也体现了这种特征。但是,组成证据法的证据规则所调整的对象是证据,证据更多地涉及自然科学或与自然科学相交叉的学科内容,如物理学、化学、生物学、医学和心理学等。因此,证据法具有如下特征:

首先,证据法更直接地体现了自然科学规律的特性,表现在证据本身是一种客观存在的、反映在载体中的情况(或事件)。客观存在的事实本身及其载体体现了自然科学的规律,客观存在的事件形成、演变、结果及再现也依存于自然科学的规律,或是借助于科学的原理。

其次,证据法表现为更高程度的理性特征。实质上,理性就是尊重自然规律的一种态度。符合自然规律的模式体现了理性的特征。从另一种角度看,符合自然规律的特征就是理性的特征。体现科学的自然规律与理性的态度是紧密相连的,不存在违背自然规律的理性,也不存在尊重自然规律的非理性。

二、诉讼法中的证据概念规定的缺陷

刑事诉讼法和民事诉讼法对证据的规定仅限于原则性的规定。2013年《刑事诉讼法》第48条第1款规定:"可以用于证明案件事实的材料,都是证据。"1997年《刑事诉讼法》第42条第1款规定:"证明案件真实情况的一切事实,都是证据。"这个定义上的改变说明,立法者已经认识到"真实情况"的要求在证明过程中存在局限性的事实。刑诉法中的证据概念偏离了科学原理,条款下罗列的证据并不自动证明案件真实情况,所以只是属于预判能够证明案件真实情况的事实为证据的情况,证据是否成为最后的证据并不确定。如果证据的概念将未知的期待证据预判为确定性的证据,会误导侦查工作,形成侦查实务中对待证据的粗陋工作习惯。笔者认为,证据的概念应分两个阶段界定,即起诉前阶段和起诉后阶段。起诉前阶段所有的证据都是待检验的证据,证据能否成为可采信证据尚不确定。起诉后阶段是证据的检验阶段,检验的方式是法庭审判中的质询。另外,证据概念中的"案件事实"或者"一切事实"中的"事实"的说法违反科学的原理。关于"事实"的概念,比较统一的释义有五种:"1.事情的实际情况,实有的事情;2.事物发展的最后结果;3.干实事;4.故事,典故;5.事迹。"最为接近此法条含义的是第一、第二种解释。但是,这两个解释指的均是一种状态,并没有直言或者强调"情况"和"事情"的具体表现,而这里的证据恰恰需要的是证据的具体表现。"事实"的说法容易让人产生概念上的偏差,本能地认为"事实"是确定性的、明确的和不需要证明的。所以,证据概念的界定只能是证明或者可能证明案件发生经过的言辞或物证。

如果说证据的概念只是审判阶段适应审判要求的概念,那么这种观念仍然有问题。案件的真实情况只是个主观判断的概念,“真实”是一种状态,与“可能”是同位概念。真实的状态只能存在于犯罪发生过程的即时时间段,在此之后,警察介入调查才是确定犯罪经过可能状态的开始。警察确定这个犯罪发生经过的可能状态,依靠的是嫌疑人的口供、证人的言辞描述和现场发现的各种可能与案件有关联的证据。但是,这个时间段获得的言辞证据和实物证据只是属于可能的证据,根据这些证据所建立的案件发生经过只是尽可能与案件发生的当时情况相接近的一种证明状态。

三、证据种类界定的缺陷

新《刑事诉讼法》规定的证据的种类为:(1) 物证;(2) 书证;(3) 证人证言;(4) 被害人陈述;(5) 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(5) 鉴定意见;(6) 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录;(7) 视听资料、电子数据。旧刑诉法规定的证据的种类为:(1) 物证、书证;(2) 证人证言;(3) 被害人陈述;(4) 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(5) 鉴定结论;(6) 勘验、检查笔录;(7) 视听资料。新法将原来的证据种类罗列,无形中缩小了物证的作用,证人、被害人、犯罪嫌疑人、被告人、专家、笔录等言辞证据偏多。其实,将证据分为物证、人证两类即可,视听资料和电子数据也可以归入物证范畴。勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录其实也是办案人员的证人证言,这种侦查性质的笔录绝对不应该有介于人证和物证之间的证据性质。证据的界限不明往往导致质询上的无所适从,将“勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录”单独列为一种证据的立法意图是什么?是想说明这种证据的证据效力更高,还是要表明这种证据不需要特别质询?所有的证据都是平等的,都需要被同等对待,只有这样才能实现审判的公正性。

证据种类中的鉴定意见或者鉴定结论是依赖其他证据存在的,鉴定是对证据真实性和关联性的检验,是依附于物证的一项专家认定的活动。从鉴定的本质看,鉴定意见属于专家意见,是言辞证据的一种。将鉴定结论作为同位证据种类进行罗列,有直接作为审判依据的嫌疑。审判实践中也正是这样做的,这些专家意见通常是判决的依据。无论是专家意见、实物物证还是其他言辞证据,任何一项证据都有可能是不确定的,都不可以直接成为案件判决的依据。因为那样做的风险很大,一旦某个案件中的该种证据没有证明“案件的真实情况”,那么判决很可能是完全错误的。因此,

笔者认为,《刑事诉讼法》关于证据的界定对实际操作不具备完全的遵照公平正义原则的指导意义。相反,这有可能起到不良的指导作用,导致法庭审判实务中对证据的质询形同虚设。审判的结果反过来对侦查工作起引导作用,引导侦查工作陷入重口供、轻证据的境地。当侦查人员得知自己有问题的证据操作得到了法庭的承认,就会继续遵循原有的工作方式,进行新的案件证据调查。

《民事诉讼法》没有对证据的概念给出解释,只是规定了七类证据:(1) 书证;(2) 物证;(3) 视听资料;(4) 证人证言;(5) 当事人的陈述;(6) 鉴定结论; (7) 勘验笔录。勘验笔录应当属于刑诉法的范围,民事诉讼中很少有这种证据出现。因为民事审判是当事人主义的审判制度,法官居于中立地位,不能参与调查。勘验笔录的证据由谁实施并提供? 把不能实现的证据种类规定在法律文件中,有损法律的严肃性。

国外通常将证据分为物证和人证两类,笔者认为这样分类是合理的。因为用罗列的方式表明证据状况是不恰当的,证据的种类无法用罗列的方式穷尽列举。社会在进步,新的证据不断出现。在工作中,当某个具体的证据出现时,首先要核对证据的七大类,然后归入某个类别,显然没有必要做这样无谓的工作。

第三节　民事证据法律的规定与缺陷

鉴于民事证据在审判实践中的诸多问题,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事诉讼证据若干规定》)于 2001 年 12 月 31 日颁布,并于 2012 年 4 月 1 日施行。该规定第 47 条规定,证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据,经审判人员在庭审中说明后,可以作为认定案件事实的依据。"未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据"是一句空洞的规定,因为没有量化质证的标准,质证完全可能只是走一个过场。

一、无效证据的概念

关于证据无效的条件,有专家认为,在民事、行政诉讼中,如果证据的取得严重侵害了他人合法权益或者违反法律禁止性规定,审判人员应当根

据个案的具体情况、违法的严重程度以及是否可能导致严重不公正的后果进行权衡,决定其是否可以被采纳作为定案的证据。如何界定侵犯他人合法权利的严重性?从字面上看,轻度侵犯他人合法权利取得的证据是可以使用的。如对于配偶与他人通奸的情况,破门而入,当场捉奸的录像证据是否属于严重侵犯他人的合法权利?通奸人的通奸行为中哪些属于合法权利?隐私权是吗?肖像权是吗?从道德上判断通奸人的通奸行为,人们会倾向于认为对于通奸人似乎没有不能侵犯的权利。民事案件的法律条款多数是从道德的范畴进行规范的,那么取证是否合法、是否严重侵害了他人的合法权利,判断标准的确定令人无所适从。笔者认为,只要取证的范围只限于对通奸者本人权利的侵犯,没有扩大影响范围,没有影响到公序良俗,就应当属于没有侵犯个人的合法权利的范畴。也就是说,如果在取证的过程中,对于通奸人的不雅行为,没有给不应当看到丑闻的人看到不雅的景象或者录像,就应当不构成侵权。

民事法律对于伪证没有规定制裁性的法律条文。无论是在司法鉴定业务中,还是在律师代理业务中,当事人伪造证据的情况时常发生。但是,这些伪证者并不需要承担法律后果,仅仅是法官不予认可即结束。伪证的情况各种各样,有的伪造借条,有的伪造遗嘱,有的变造保险单,有的假冒别人签名,等等。这些伪证者即使没有实现谋取某些利益或者期冀审判更加有利于自己的希望,仍然为法庭审判及另一方当事人带来困扰乃至经济上的损失。伪证行为其实是一种妨碍司法的行为,对伪证者惩罚性质的法律空白是不应该有的。

可以直接视证据为无效的处理方法,见《民事诉讼证据若干规定》第49条的规定。该条规定:“对书证、物证、视听资料进行质证时,当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外:(一)出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的;(二)原件或者原物已不存在,但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。”

这种双方达不成一致意见的规定,显然仅限于物证证据是否为原件。关于例外情况的规定,也只是凭空想象。实践中能够允许提供复印件、复制品的情况究竟有多少?具体情况的表现怎样?在缺乏原始状态证据的情况下,要认定复制品的真实性往往很复杂,认定的过程和程序也难以实现。本法条对于如何认定复制品等同于原物的方法和要求都没有给出明

确规定。立法前没有作实践调研,不是依据应用的需要进行立法,往往会出现空洞、多余的废用性条款。

二、民事证据质证的核心内容

《民事诉讼证据若干规定》第50条规定,质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小,进行质疑、说明与辩驳。这些规定从字面上看似乎既全面又完整,但其可操作性以及如何判断真实性、关联性、合法性的依据是没有指导内容的。例如,如何判断一份书证是真实的?应该判断的内容很多。如果是手写文字,首先要判断是书写形式笔迹,还是复制形式笔迹。如果是书写形式笔迹,还要判断是署名人书写,还是他人模仿书写。如果是署名人书写,还要判断是署期时间书写,还是后来补写。在有关这些真实性的判断完成之后,接下来要判断书证的关联性,也即判断书证的内容是否表达了纷争的事件或者与纷争的事件有关。如果是合同,表达了双方的权利义务关系;如果是借条,表达了债权债务关系。书证在判断其与纷争事件的关联性上,不像其他类型的物证那么容易。比如合同标的物是否符合合同要求的认定,主张的一方出具争议的标的物,那么这个据称不符合合同要求的标的物是否由提供标的物的一方提供用于可供证明的标的物品?这就要费一番周折,尤其是当标的物为种类物时,没办法评价提供的标的物批次与争议的标的物是否一致。合法性的判断,就是证明物证的取得程序是否合法,如侵犯人身权利偷拍、偷录的音像资料是否具备证据的合法要件,能否作为认定案件争议事实的依据。

对证据的质证要围绕证据的真实性、关联性和合法性的规定貌似全面,但真正做到完全意义上的质证显然有很多中间环节。比如,判断真实性可能需要有专门知识的人进行检验,并出具真实性如何的言辞证据。同样,判断证据与案件的关联性经常需要由专业人员进行检验和评估。如某个产品导致人身伤害,产品的缺陷与人身伤害是否有关联等问题,普通人是无法质证的,必须在专家之间进行质证才能实现。由于这些质证的中间环节规定不明,对证据进行充分质询是无法真正实现的。虽然有法官会以司法鉴定充当中间环节,但司法鉴定并不能完成这项任务。因为司法鉴定本身也需要质询,司法鉴定结论的质询比其他证据的质询更加不充分。所以,《民事诉讼证据若干规定》关于证据的审核认定的规定也是空洞的、不

具有操作性的。其第63条规定,人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。证据如果能够达到这个证明案件的真实程度就好了。证据证明的是过去的事情,过去的事情的发生是一个过程,证据如何证明这个过程的顺序还是很关键的。媒体报道过这样一个案例:一名农村老汉被人告到法庭,原告声称老汉借了五万元不还,并拿出借条。经鉴定,借条系老汉的亲笔签名。老汉也承认了签名是自己的,但是声称借条是被原告逼迫书写的,借款事实并不存在。最后,法官还是以此为依据判决老汉败诉。老汉一不上诉,二不申诉,回家服毒自杀了。主审法官被判三年有期徒刑。其实,书写人如果是被逼迫书写借条,笔迹应当会因心理异常发生变化。这个需要鉴定专家在鉴定中给以解释,提醒法官注意。司法鉴定不充分,导致该案发生了不该发生的结果。

三、民事审判中法官对待证据的态度

《民事诉讼证据若干规定》第64条规定,审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。上述老汉服毒自杀的案例,似乎适用第64条可以加以解决,问题在于法官倘若根据上述规定,"运用逻辑推理和日常生活经验"对证据作出判断,这种方法似乎很难正确实施。即使法官有足够的生活经验,用尽各种逻辑方法,也不能保证有充分的理由可以否认"借条"的证据效力。

四、案件中单一证据的认定

《民事诉讼证据若干规定》第65条规定,审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定:

(1) 证据是否原件、原物,复印件、复制品与原件、原物是否相符;

(2) 证据与本案事实是否相关;

(3) 证据的形式、来源是否符合法律规定;

(4) 证据的内容是否真实;

(5) 证人或者提供证据的人,与当事人有无利害关系。

根据上述规定,仍不能保证老汉自杀的案例不会发生。调查借条的来源,就要确认威逼的事实。威逼的经过有可能没有相关的证据可以利用,

即使有人证，其可信度仍需要进一步的论证。即使人证非常可信，也只能证明出示借条的人的品格问题。人证无法对借条来源的真实性作出证明，仍然没有充分的理由否定借条的证据效力。审判实践中，普遍遵守"物证的证明效力大于人证的证明效力"的原则。因此，根据该条规定，要无视借条的存在仍然是有难度的。

五、全案证据的认定

《民事诉讼证据若干规定》第66条规定，审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。如果每个具体的证据的质证不是实质意义上的，这个全案证据的综合判断也会出问题。笔者认为，证据的完整链条意义才是综合判断最需要的结果。民事审判依据的是优势证据原则，即当事人双方哪一方的证据占优势，就可能得到法庭的支持。但是，在总和证据中，如果关键证据有问题，这个优势也就变成虚假的了。

六、举证责任

在民事案件中，将举证责任全部归于当事人是不恰当的。虽然有些类型的案件规定了举证倒置，但可以说举证倒置并没有发挥出预想的作用。如果要举证的是没有发生过的事件或者行为，到哪里去找证据证明事件或者行为没有发生过？对于侵权案件损害的结果，由受害人主张并举证。对于损害的事实，则适用举证倒置，举证责任由侵权人承担。那么，另一方要怎样举证才能被认定完成了倒举证责任或者举证不能？这个问题在实践中的判断表现得相当混乱。例如，医疗纠纷案件中，某患者住进医院后不久死亡，原告只需举证在医院死亡。医院举证医护行为正常，死亡不可避免。即使医院方有责任，它不自证有责又能怎样？这个举证倒置的实施最终演变成为医院方出鉴定费，交给医学会鉴定。医学会的鉴定属于第三方证明，不能等同于医院方的倒置举证。这个举证倒置的条款规定，没有具体可行的措施保障，显然可操作性存疑。

在举证方面，还有一个重要问题需要注意，即对于严重侵权问题，举证或举证倒置归为另一方当事人是不合理的。比如，一个人行走在路上，一块铁片从空中坠落，该行人的面部被削掉一边。法院判决这栋楼里的所有居民共同赔偿。在这个案件中，个人无法承担举证责任，真正的侵害人只

有一个,其他的人是无辜的。笔者认为,既然国家有税收政策,也应当有福利政策。严重侵害事件的发生,还是应当作为治安案件处理,由公安机关调查取证比较好。因为只有公安机关有治安事件的管辖权,而且具有调查事件真相的能力和手段。个人进行调查,几乎没有任何手段,即使聘请律师,仍然无法行使调查权。在这类案件中,当事人及其律师没有调查询问权,没有提取、保存、检验证物的权利。即使有这种权利,所取得的证据在法庭上未必会被认可。那么,这个举证倒置的规定在此类案件中同样成了无法实现的条款,其结果是法律的公平正义受到了践踏。

七、完善民事证据的关键在于完善专家证人制度

针对民事证据的种种问题,并不是没有改善的途径。《民事诉讼证据若干规定》第61条已经有了很重要的规定:当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的,有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许,可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。这项规定对于解决证据的真实性和关联性的充分质询有重要的帮助。但是,在审判实践中,却很少使用这类专家辅助人。大量使用专家证人可以提升审判质量。如果法官有一个关于司法鉴定的顾问团队,也能促进审判工作的顺利开展。

八、完善证据立法的关键在于提高法条的可操作性

证据立法必须考虑可操作性。证据本身往往蕴含了科学技术的元素,所以证据立法应当是一项严谨而又严肃的工作。每一个法条的制定都必须符合科学工作的自然规律才会变得实用,才是一部有用的法律,才不至于在实践中变得面目全非或者成为从来不被引用的条款。

第四节　刑事证据法律的规定与缺陷

刑事证据规则的法律性文件同样存在各种问题,如法条表达模糊甚至自相矛盾,法条在制定之初就没有考虑到科学规律的要求和满足负责证据操作的工作人员有关可操作性的要求。

一、刑事证据规定的现状

2013 年 1 月 1 日生效的新《刑事诉讼法》，在证据方面的规定有较大的突破，但是离理想的要求尚有较大的差距。这些突破性的或者不足的地方体现在直接关系证据可接受性的规定中，也体现在可能妨碍证据发挥效能的相关方面。

1. 关于回避

笔者认为，回避的相关规定没有实质性的突破。笔者在从事案件代理的过程中深深地感受到，侦察人员、公诉人和法官存在个人情况的差异，如在证据对于案件作用的认识上的偏差等。例如，在赵作海案件中，对于残缺的尸体身高，经估算与假想的受害人赵振响并不符合。但是，侦查人员在认识上存在问题，且对证据并不重视，错误地夸大了证据测量工作的误差。然而，无论是犯罪嫌疑人还是其家属，由于知识和经验的局限性，并不能够对侦查人员个人的缺陷有所认识，也无法提出及时更换侦查人员的要求。这是因为，回避的条件仅仅局限在与案件有利害关系人员范围的规定上。同样，对于检察官和法官，当事人更加在意的是检察官和法官认识和对待证据的能力和态度。也就是说，检察官和法官的主观意识方面的风险有时是一个不容忽视的问题。在民事案件审判实践中，通常要求更换法官的情况并不是因为法官与案件有利害关系，而是因为当事人对法官不满意。如果刑事案件处理中犯罪嫌疑人和被害人也有这种自主权，将会更大程度地保障案件侦查、起诉、审判的公正性，保证证据的处理和认定具有更大的公正性。

2. 关于侦查实验

新《刑事诉讼法》第 48 条关于证据的种类中，在第七项“勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录”中加入了“侦查实验”。从本质上讲，侦查实验笔录不是证据。侦查实验与勘验、检查、辨认一样，均是对证据的验证，笔录是对证据验证工作过程的记录。这种类型的笔录更多的意义表现为记录证据工作的状况，真正意义上的证据是勘验、检查、辨认、侦查实验工作所针对的证据。勘验、检查、辨认、侦查实验的工作目的是揭示证据的真实性和关联性，使人们对证据的状态、证据对案件的证明情况容易识别并作出正确的判断。这些工作的笔录并不能成为证据。如果有需要，对这些工作的经过必须在法庭上予以重现。

侦查实验是新增的内容。《刑事诉讼法》第 133 条第 1 款规定:“为了查明案情,在必要的时候,经公安机关负责人批准,可以进行侦查实验。”侦查实验在必要的时候是必须进行的,而不是属于可以进行的情况。侦查实验是根据已有的证据情况,按照证据的演变方式,看能否得到现有的结果;或者调整不同的条件,验证什么样的条件能够产生现有的结果。侦查实验常常涉及专业知识的运用,须由专家来实施。侦查实验结束,应当出具侦查实验报告,而不是笔录。笔录是用来记录一种情况,而侦查实验不但有情况,还有科学推理,使用分析报告的方式比较好。侦查实验对于验证所推测的案件发生经过是否符合当时的状况具有非常重要的意义。比如单车事故中超速状态的推定,通过现场的破坏情况验证案发时车辆的撞击速度和角度,需要模拟车辆的硬度,调整不同的撞击速度和角度,进行类比实验,并辅助计算破坏所带来的能量,最终重建案件发生的经过和状态。侦查实验必须由专业的技术人员实施,具体的专业人员的选定根据侦查实验的项目而定。

侦查实验属于法庭科学的范围,在我国也是属于证据技术的范围,完全可以归入司法鉴定的范畴。将侦查实验单独与司法鉴定并列,实际上是对侦查实验和司法鉴定的工作性质存有误解。并非只有鉴定机构对证据的鉴定才叫司法鉴定,警察机构内部关于证据的任何检验也同样属于司法鉴定工作的范畴。实际上,《刑事诉讼法》的立法工作者并不了解案件侦查的工作实质,更不了解博大精深的证据工作的性质。制定的法律与实际工作相脱节,造成法条概念上的混淆和法律规范的混乱,从而使实际工作无所适从。基于这种状态,实践部门的案件调查人员抛开刑事诉讼法的规范而另行一套完全是可能的。

侦查实验是非常重要的,实践中很多案件都需要采取侦查实验的方式验证案件的发生过程。我国警察队伍的招募,并非源于案件调查的实际需要,而是纳入公务员的招募程序,这是非常错误的。刑事案件来源于社会,来源于各行各业。案件调查人员需要来源于对社会现象有深入了解的人,警察的组成需要那些来源于各行各业的专家。只有这样,案件调查人员才能够真正了解案件的真实情况,才能够了解涉案人的行为状态和行为性质。警察实务部门中,法律专业出身的人员目前过多。法律知识是侦查人员应当知道的很少的一部分专业知识,大量的专业知识来源于各行各业。确切地说,警察的组成应当是这样的:审讯专家、证据专家、医学(或者法医

学）专家、犯罪心理学专家，其他所需要的专业无所不包，如社会学、生物学、化学、计算机、工程、数学、艺术等。这些专业人员除了具有专业知识外，还必须在行业中有若干年的工作经验且表现出色。专业人员被招募进警察系统之后，再进行警察工作的相关培训：审讯学、法庭科学、案例研究、射击与体能训练、相关的刑法与刑事诉讼法等。如果能够这么做，警察队伍的能力和素质将会得到极大的提高。

关于勘验、检查的实施，《刑事诉讼法》第 126 条规定："侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候，可以指派或者聘请具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验、检查。"对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体进行勘验或者检查，必须由专业的人实施，而不是在必要的时候聘请具有专门知识的人实施。因为没有专业知识的人勘验或者检查，无法胜任工作，有可能发现不了应有证据或者对案件有价值的情况。这还不是最重要的，最重要的是缺乏专业知识的人有可能在勘验或者检查的过程中破坏证据。之所以这样规定，是因为我国警察系统的专业技术人员相对太少了，为适应现实状况才作出这种规定。作为刑事案件的警察必须都是拥有专业特长的，要么是审讯专家，要么是物证技术、法医、心理学、生物化学、数学等专业的专家，或者兼有以上几种专业的人员。刑事案件的侦查人员还必须对社会的各个阶层、各种社会现状非常了解。因此，警察的招募应该脱离普通的公务员招募程序。在刑事案件的侦查队伍里，不应该存在没有专业特长的工作人员。

3. 关于证据质询

原《刑事诉讼法》第 47 条规定：证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。对其他类型证据的法庭质证方法，立法没有作出具体规定。《刑事诉讼法》关于证据质询的规定相当简陋，致使长期以来侦查机关在法庭上提供的证据处于优越的、不容置疑的地位。赵作海案件被曝光后，《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称"两个证据规则"）出台。在颁发两个证据规则的通知中，最高人民法院认为两个证据规则不仅全面规定了刑事诉讼证据的基本原则，细化了证明标准，还进一步具体规定了对各类证据的收集、固定、审查、判断和运用；不仅规定了非法证据的内涵和外延，还对审查和排除非法证据的程序、证明责任等问题

进行了具体的规范。最高人民法院希望牢固树立惩罚犯罪与保障人权并重的观念、实体法与程序法并重的观念,依法、全面、客观地收集、审查、判断证据,严把事实关、证据关,切实提高刑事案件审判质量,确保将两个证据规则落到实处,把每一起刑事案件都办成铁案。从两个证据规则的上述要求可以看出,立法者对之评价极高且抱以厚望,刑事辩护律师更是欢呼雀跃。表面上看,两个证据规则在很大程度上弥补了证据质询名不副实的现状,然而令人期待的局面并没有如期到来。究其原因,不是案件承办人抵触,或者法官不愿意执行,而是规定本身缺乏技术上的可操作性。

二、刑事证据的立法前提缺乏科学依据

从刑事证据的立法现状看,和其他法律相比太过平庸,表现得缺乏立法上的技术成分。

1. 不切实际且空洞的证据要求

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下称《死刑案件证据规定》)第 1 条规定:"办理死刑案件,必须严格执行刑法和刑事诉讼法,切实做到事实清楚,证据确实、充分,程序合法,适用法律正确,确保案件质量。"这一条概括了如何对待死刑案件的证据,那就是"事实清楚,证据确实、充分,程序合法"。"事实清楚"在客观规律和现有的办理案件的技术上是难以达到的,案件的事实经过是发生在过去的过程,要知道原始的状况是非常困难的。无论是证人还是案件中的诸多物证,都不可能完整地还原过去的事实发展经过。所以,发达国家通常规定案件认定的事实是根据证据重建的案件发生经过。"事实清楚"的要求是无法实现的。一项无法实现的要求出现在法律中,必然导致混乱。

《刑事诉讼法》第 6 条规定:"人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须依靠群众,必须以事实为根据,以法律为准绳。对于一切公民,在适用法律上一律平等,在法律面前,不允许有任何特权。"从立法意图上看,这应该是刑事诉讼的原则,带有浓郁的政治色彩,没有考虑刑事侦查科学的要求。刑事案件审判依据证据所建立的经过,而不是依据不存在的事实。虽然事实是处理刑事案件所希望达到的理想状态,但事实状态是否实现不是一厢情愿的案件处理结果。由证据所建立的案件发生经过只是一种与案件事实状态相接近的一种结果,接近的程度越大,案件处理的公正性越高。案件事实是过去发生的事情,完全再现的可能性可能有,也可

能没有。案件中的犯罪嫌疑人即使看起来完全交代了犯罪事实，所坦白的也未必是真实的已发生事件状态。“坦白”的人有可能出于各种目的隐瞒真相、避重就轻等而给出虚假供述。案件侦查中案件事实不能完全再现是案件侦查的客观规律，违背这个客观规律，强行要求每个案件的处理结果都达到“事实清楚”状态，势必受到客观规律的惩罚。

2. “事实清楚”的刑事审判要求或许是刑讯逼供的根源

多数案件都是在隐蔽的场景发生的，通常只有罪犯才会知道案件事实。如果案件审判要求“事实清楚”，就意味着无论如何必须“撬开”嫌犯的口。这个“事实清楚”的规定由来已久，警察在办案的过程中使用肉刑或者变相肉刑的频率很高。一直以来，警察主观上认为口供代表了案件事实，只有获得了口供，才能确定案件是办理成功了。即使案件中有足够的证据，且这些证据的关联性通过检验等方式得到了充分的论证，最大限度地重建了犯罪的经过，侦查员和法官仍然习惯地认为，再多的证据仍然不能等同于“事实清楚”。因此，这种证据众多且可靠的案件中，虽然案件调查人员做了大量的工作，但是罪犯不交代，就会被认为不予悔改，从而从重判决。反过来讲，既然一定要取得口供，又何必在证据上做大量的工作呢？这是那些没有从事过刑事案件侦查的学者们所无法体会到的一种客观状态。一线的刑侦人员需要承受强行“撬开”嫌疑犯之口的强大压力，刑事证据工作的不足加重了刑讯逼供的压力。刑侦人员需要从口供中寻找证据的发现方向，更加希望口供能够满足“事实清楚”的需要。

3. “证据确实、充分”的界定不明，证据工作流于形式

“证据确实、充分”是界限不明的主观要求，因为“确实、充分”是一种主观感受。同样的证据状态，对于是否确实、充分，不同的人有不同的感受。

立法者显然已经对此有所认识。为避免主观认识上的偏差所带来的严重后果，《死刑案件证据规定》第5条对这一概念进行了界定：“办理死刑案件，对被告人犯罪事实的认定，必须达到证据确实、充分。证据确实、充分是指：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）每一个定案的证据均已经法定程序查证属实；（三）证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除；（四）共同犯罪案件中，被告人的地位、作用均已查清；（五）根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则，由证据得出的结论为唯一结论。办理死刑案件，对于以下事实的证明必须

达到证据确实、充分:(一) 被指控的犯罪事实的发生;(二) 被告人实施了犯罪行为与被告人实施犯罪行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节;(三) 影响被告人定罪的身份情况;(四) 被告人有刑事责任能力;(五) 被告人的罪过;(六) 是否共同犯罪及被告人在共同犯罪中的地位、作用;(七) 对被告人从重处罚的事实。"

可以说,这是立法上的进步,但仍然不具有技术上的可操作性。比如,定罪量刑的事实都要有证据证明,但证据究竟如何才能证明定罪量刑的事实? 对如何实现证明的过程或者效果,立法未见明确。真正能够"完成"证明任务的还是犯罪嫌疑人的口供。其实,无论证实言辞证据的真伪还是证实物证对于重建案件发生经过的作用,均离不开具自然科学属性的技术方法。言辞证据的真伪往往需要根据言辞证据的具体内容是否违背科学原理的逻辑进行验证。众所周知,证据具有以下三个特征:客观性、关联性和合法性。在确认"三性"的过程中加入技术的方式,摒弃人的主观判断,是实现证据证明作用的可靠程序。两个证据规则关于证据"确实、充分"的规定,并没有注意到证据的本质,没有强调证据的三个重要属性,更没有注意到实现证据"确实、充分"的技术因素。立法站在审判的立场,一再强调对案件各方面的主观审查。如《死刑案件证据规定》第 5 条和以前的"证据确实、充分"的简单化规定相比较,并没有本质的区别,仍然是界定不明的概述。笔者认为,证据的"确实、充分"应当体现在如何实现证据本身的客观性验证,证据重建案件经过的关联性验证,以及证据的处理遵循了每项证据从发现、固定、提取、运送、检验到保存的完整证据链条的技术规范上,只有做到了这些才属于合法操作。只要在能做的工作都完成之后,才由法官运用主观判断作出最后的裁定。

另外,从词性来看,"确实、充分"是形容词,程度上无法度量。这是显而易见的问题,形容词不应该是表达法律条款含义的主题词汇。这在立法的科学要求上注定是要失败的。之所以会以这类词汇作为法律条款的主题词汇,是因为我国的法律性文件借用了政府文件的风格,在语言表达上未加区别。

《死刑案件证据规定》第 2 条规定的"认定案件事实,必须以证据为根据",同样是不具有可操作性的规定。每个案件都有证据,没有证据的案件是不能判决的。既然错案都是有证据的,为什么还是会错? 赵作海案件中的证据从案卷厚度上说是可观的,但案件中证据质询其实并不存在。第 2

条规定的证据在质和量上都没有界定,在立法上还有更多这种没有实际可操作意义的条款。

4. 严守证据操作规范的规定是无源之水

《死刑案件证据规定》第3条所规定的“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序,全面、客观地收集、审查、核实和认定证据”,是没有立法依据的。“遵守法定程序”目前处于无法可依的状态,因为这个特别针对证据的“法定程序”尚不存在。关于具体证据的处理程序没有正式法律文件颁布,关于证据的发现、记录、固定、提取、运送、检验、保存直到提交法庭没有法律或者法规作出明确规定。关于审讯和询问证人等只有概括性的规定,尚无具可操作性的合法审讯的具体规定。虽有诸如“回避”“两人在场”等规定,但具体的审讯策略和方法仍未见有明文规定,那么关于“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序,全面、客观地收集、审查、核实和认定证据”等完全无法可依,等于没有了对审讯并取得口供的合法性进行质询的依据。“全面、客观”的用词同证据的“确实、充分”一样,没有实际价值,这些词汇在法条中出现与否均没有区别。目前,即使是侦查人员所应当遵守的类似于工作手册之类的部门规范都没有,更不要说检察人员和审判人员能够赖于判断证据的法定程序了。

5. 证据质询的规定没有体现问题的实质

《死刑案件证据规定》第4条所规定的“经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据,才能作为定罪量刑的根据”,是对证据的质询要求,这个要求同样是不明确的。本条在表达上也有欠缺,“出示、辨认、质证”不是同位概念,三者也不是一个程序的三个步骤。“出示、辨认”是具体的方法,“质证”没有显示具体的方法,至少人们内心没有方法上的概念。人们可能会产生误解,认为“出示”和“辨认”是“质证”的方式。在实践中,办案人员也确实是这么认为的,因此在卷宗中才会出现大量的辨认笔录,而不管这些笔录是否有存在的意义。关于质证,在这里缺少一个重要内容,就是对证据的来源和关联性发表意见,如果以“对证据的取得程序及其与案件的关联性发表意见”代替本条款中的“质证”会更好一些。这样既体现了证据的本质,也体现了审判认定证据的本质。比如证据出示,如果出示的物证是笔迹或者在现场发现的纽扣,人们在辨认时可能会说“对,就是他的笔迹”或者“对,就是他衬衣上的纽扣”。但是,对待证据不是一件简单的事情,通过辨认的方法质证显然是有缺陷的。因为对于笔迹

是不是本人书写,一般人的鉴别是有局限性的;即使本人书写,能够证明什么也是非常复杂的。纽扣是个种类物,相同的纽扣不止一个,纽扣上的指纹鉴别显然更重要。同样,对凶器的辨认也是如此。同样的羊角榔头有很多,甚至是农村里家家户户必备的工具,这种情况通过辨认的方式质证同纽扣的质证一样不可靠。在这种情况下,对证据的关联性的辩论与分析成为证据质证的核心内容。

6. 证据的具体操作规范没有贴近证据工作的本质要求

《死刑案件证据规定》第6条所规定的是关于物证、书证的分类审查和认定:"对物证、书证应当着重审查以下内容:(一)物证、书证是否为原物、原件,物证的照片、录像或者复制品及书证的副本、复制件与原物、原件是否相符;物证、书证是否经过辨认、鉴定;物证的照片、录像或者复制品和书证的副本、复制件是否由二人以上制作,有无制作人关于制作过程及原件、原物存放于何处的文字说明及签名。(二)物证、书证的收集程序、方式是否符合法律及有关规定;经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证,是否附有相关笔录或者清单;笔录或者清单是否有侦查人员、物品持有人、见证人签名,没有物品持有人签名的,是否注明原因;对物品的特征、数量、质量、名称等注明是否清楚。(三)物证、书证在收集、保管及鉴定过程中是否受到破坏或者改变。(四)物证、书证与案件事实有无关联。对现场遗留与犯罪有关的具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品,是否通过DNA鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被告人或者被害人的相应生物检材、生物特征、物品等作同一认定。(五)与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集。"

该条第1款主要强调的是物证必须是原件。但是,对物证、书证的复制程序限于"是否由二人以上制作,有无制作人关于制作过程及原件、原物存放于何处的文字说明及签名",貌似详细,其实并不具体。笔者认为,应当这样规定:复制物证、书证应当由具备专业知识和经验的人实施;记录原件的保存状况;记录复制的方法、仪器或者材料、时间、气候条件、地点、过程及结果;记载复制过程中的异常现象;在复制件上签署案号、日期、制作人姓名。只有这样明确具体、有指导价值的规定才是具有可操作性的规定。

本条第2款主要规定的是物证、书证的提取。但是,关于"物证、书证的收集程序、方式是否符合法律及有关规定"缺乏相应的依据规定。笔者认为,关于物证、书证的提取的现有规定似乎是依照民法的物证收取或者

提取的方式规定的，对于刑事案件的物证和书证的提取，还应当包括记载物证、书证的发现地点、发现人，固定方法、固定人，提取方法、提取人，包装方法、包装人，物证、书证从现场到实验室的运送方法、运送人，以及在物证、书证提取过程中是否经过检验、是否存在毁损或者其他不正常现象，对于非正常现象应当书写情况报告并附在卷宗里。

本条第3款规定了物证、书证的变化，规范太过粗糙。笔者认为，对于物证、书证的变化应当从两个方面规定，即正常的变化和非正常的变化。正常的变化包括根据证据本身的特性，在提取和固定中由于自然属性所导致的变化，或者鉴定中的耗损等。对于这类变化一定要有文件记录，比如物证共有多少质量、鉴定中用去多少。如果没有这些记录，该物证在法庭上是不被接受的。物证、书证的非正常变化，如违规操作、遗失等，无疑对案件的侦查结果有不可估量的损失，甚至会导致案件调查工作完全失败。因此，对于责任人应当予以处罚。

本条第4款规定了物证、书证的关联性，这个规定体现了证据的本质属性，是物证、书证的关键所在。任何物证只有被证明与案件具有关联性才能够被采信。本款的问题暴露于解释部分，“对现场遗留……作同一认定”的限定性解释将物证、书证的种类主要限制在了生物物证和物品的同一认定，对文书物证的鉴定阐述不明显。比如，在敲诈勒索、保险诈骗、伪造自杀等案件中可能出现的文书物证，还有可能会牵涉到案件中的重要文件等。另外，将关联性的鉴定仅限在同一认定的范围内，显然也是有问题的。因为物证、书证的种属认定也是重要的检验，可以佐证同一认定，或者在无法实施同一认定的条件下，使物证、书证对于案件的关联性更进一步加强。本款的问题还在于涉及关联性的另一项重要内容，就是物证关联性的阐述或者论证问题。这个阐述或者论证不仅应当存在于鉴定报告中，而且应当被运用到法庭中。在鉴定报告中主要表现为，对检验过程中检验方法和手段可能出现的偏差或者多种结论的可能性作出阐释。这是目前司法鉴定报告中普遍存在的问题。在法庭中表现为，如何将专业、晦涩的术语解释为大众可以理解的内容，充分回答关于鉴定程序性和方法准确性的状况，以及充分回答其他任何涉及专业问题的质询。这些是法庭中通常不具备的关于证据关联性的质询内容。

本条第5款主要是规定物证、书证是否完全收集，缺陷在于没有设定判断标准。究竟是根据犯罪现场的物证、书证情况全面收集，还是以犯罪

构成要素,如时间、地点、人物、事实、经过、结果、犯罪动机及原因等作为判断证据是否全面收集的标准？如果是前者,则只能由警察根据现场情况主观判断证据是否收集齐全。检察官在不参与案件调查的情况下,和法官一样不能判断物证、书证是否收集齐全。如果是后者,则警察、检察官和法官都可以不同程度地参与,但是根据这个判断标准能否达到理想状态,往往要受制于现场的情况。

第7条规定的是关于物证未提取、未检验的情况处理,具体为:"对在勘验、检查、搜查中发现与案件事实可能有关联的血迹、指纹、足迹、字迹、毛发、体液、人体组织等痕迹和物品应当提取而没有提取,应当检验而没有检验,导致案件事实存疑的,人民法院应当向人民检察院说明情况,人民检察院依法可以补充收集、调取证据,作出合理的说明或者退回侦查机关补充侦查,调取有关证据。"本条存在以下三个问题:(1)破坏了物证提取和检验的严谨性;(2)为案件中的承办人工作随意、不认真"开绿灯";(3)法官越俎代庖。在强调以证据为主的证据法规则前提下,对待证据的态度必须是严谨的,否则审判的依据就会有问题。如果存在"对在勘验、检查、搜查中发现与案件事实可能有关联的血迹、指纹、足迹、字迹、毛发、体液、人体组织等痕迹和物品应当提取而没有提取,应当检验而没有检验"的情况,应当直接驳回起诉,而不是降低标准为"导致案件事实存疑的",由法官给予商请补充。法官只能履行审判职能,不能有某种程度上的帮助指控的职能行为。本条中,法官干预的方式是"人民法院应当向人民检察院说明情况,人民检察院依法可以补充收集、调取证据,作出合理的说明或者退回侦查机关补充侦查,调取有关证据","可以补充收集证据"的规定显得对待证据的态度不够严肃,"作出合理的说明"几乎是为违法对待证据的行为"开绿灯",因为"说明"是否"合理"操作起来可以变成随意的一种状态。这个立法本身的意图不是想要破坏立法的目的,而是为了在证据的严肃性和实际办案水平低下之间作出平衡。侦查实践中,由于长期没有严格遵守物证操作规范,办案人员无论是对待物证的态度,还是针对物证进行技术操作的水平,与标准化要求相距甚远。笔者认为,尽管现实状况如此,立法还是应当体现更多的严肃性,只有这样才能端正办案人员的态度,消除工作惰性,促进警察部门真正在办案技术上加强提高,而不是在文字游戏上耍花招。

第8条所规定是关于证据原物的规定,同时规定了如果不是原物应当

如何操作。不知道立法者在制定该条款的时候有没有征询物证技术人员的意见,无论是在科学技术的现状还是表达的严谨性上都存在问题。本条第一句规定"据以定案的物证应当是原物",笔者认为案件办理的时间节点没有明确。"据以定案"应当是审判的后期阶段,那么在此之前如何判断物证是否是原物?笔者认为应当表述为"提交法庭的物证应当是原物",这样可以提示任何阶段的需要。另外,审判并作出判决的依据不是根据原物形态的物证,而是根据物证本身的检验所体现出来的与案件有关联性质的判断。法条中如此陈述,与现阶段刑事司法实务的证据粗陋状态相一致。审视生效判决的卷宗,充斥了大量的未经确认真实性、合法性、关联性的"证据"原物。第二句"只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还时,才可以拍摄或者制作足以反映原物外形或者内容的照片、录像或者复制品",同样存在规定上的不足。"原物不便搬运、不易保存"的情况表现太复杂了,比如墙面上的掌纹、血痕以及门框上的撬痕是不便搬运的,拍照、录像以及制作复制品都是必须的。但是,仍有一个重要的问题没有涉及:什么样的情况属于"不便搬运"?如果冰箱存放过尸体,显然在搬运和保存方法上有困难,笔者认为仍然应当属于可搬运的物证。也就是说,这个规定应从严界定,凡能搬运的必须搬运,凡能保存的必须保存。"不便搬运、不便保存"的说法不严谨。另外,从现场勘查的实际情况看,现场不止需要勘察一次,往往是多次,甚至几十次。所以,案件没有终结,就不适宜将其交给他人管理。第三句"物证的照片、录像或者复制品,经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为定案的根据",这个规定有点违背科学原理,任何物证的照片、录像或者复制品都不能等同于物证,都不是真实的原物,任何方式都不能证明同原物相比较是真实的。这些复制品甚至不能说明是否直接来源于原物,至于是否反映了应当反映的内容,才是应当认真对待的内容。这个应当反映的内容显然是与案件有关联性的特征。制作原始物证的复制品,最致命的错误是应当被反映的特征没有被反映,或者没有被清晰地反映,而原物又遭到毁损。"可以作为定案的根据"的说法仍然是不妥当的,应当是"可接受的法庭证据"比较确切。本法条后面关于书证的规定也存在同样的问题,在此不予重述。

7. 证据合法性的规定不够严肃

第 9 条主要是规定了物证、书证的来源程序的合法性,可以说是一条

自相矛盾的条款。第一句规定“经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证，未附有勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录，扣押清单，不能证明物证、书证来源的，不能作为定案的根据”，这对于证据的合法性界定原本非常好。如果案件的审判强调以证据为主，那么对待证据的态度必须非常严肃，审判的目的才能很好地实现。第二句规定“物证、书证的收集程序、方式存在下列瑕疵，通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，可以采用：(一) 收集调取的物证、书证，在勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录，扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的；(二) 收集调取物证照片、录像或者复制品，书证的副本、复制件未注明与原件核对无异，无复制时间、无被收集、调取人(单位)签名(盖章)的；(三) 物证照片、录像或者复制品，书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名的；(四) 物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的”，其中所罗列的瑕疵不是一般的瑕疵，可以说是证据上致命的问题。如果勘验、检查、搜查、提取物证等笔录，上面没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详，那么这些物证、书证就没有了“出生证明”，严重的可以导致用其他的同类物证、书证替换的伪证行为。这些需要注明的信息是至关重要的。尤其是收集和调取物证、书证的时间，这个在本条中没有列出是个重大失误。对于物证、书证可能存在的这些严重问题，不应该是“通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，可以采用”，因为这些严重的问题是无法补正或者是不能够作出合理解释的。这个条款简直是对物证处理中存在的问题“开绿灯”。从一般逻辑来讲，标注这些与证据有关的信息不难做到。如果法条在这方面的规定是因为考虑用来平衡现实状况与司法严格要求的冲突，这是完全没有必要的。严格的法条可以促进现实的工作改进，随意的法条是对违法行为的怂恿。

第 10 条规定的是物证、书证的辨认问题。“具备辨认条件的物证、书证应当交由当事人或者证人进行辨认，必要时应当进行鉴定。”笔者认为该条的问题在于概念不清，规定辨认的问题就行，没必要扯上鉴定，辨认与鉴定之间没有因果关系。辨认中如果不能达成共识，可以鉴定；如果达成共识，也要鉴定，以防双方串通。因为刑事证据是严谨的，具备鉴定条件的物证都要进行鉴定，没有什么例外可言，也不需要“必要时”才进行鉴定。

三、新《刑事诉讼法》的重大改进

新《刑事诉讼法》在保障犯罪嫌疑人和证人的人身权利方面，在内容和可操作性上比旧法有较大进步。新法与外国的刑事诉讼法有了较大程度的贴近，虽然在保护人身权利是否会导致妨碍案件侦查上仍有诸多顾虑，但是应当保护的权利基本上都被写进了法条。另外，新法在检察权对侦查权的制约上有所加强，意在防止侵犯嫌疑人的合法权利。同时，对于预防错案的审判规则也有所改进。但是，侦查的现状，如刑事侦查的技术手段落后、警员的知识结构单一，是否与新《刑事诉讼法》的正确运行相匹配，实践中低水平办案的现实阻力会不会削弱立法的本意，还有待于进一步观察。

新《刑事诉讼法》比较旧法的进步表现在以下几方面：

1. 关于人权保护

关于犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人的权利保护范围见于新法的下述条款：第2条明确规定“尊重和保障人权”；第14条规定“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利”；第33条规定“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理案件之日起三日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当及时转达其要求。犯罪嫌疑人、被告人在押的，也可以由其监护人、近亲属代为委托辩护人。辩护人接受犯罪嫌疑人、被告人委托后，应当及时告知办理案件的机关”。

从字面上看，新法似乎对人身权利的保护很有力量，但犯罪嫌疑人和其他诉讼参与人的权利保障是否能够及时得到执行，从法条上看不出保障措施。因为第37条规定“辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时”。如果犯罪嫌疑人没有能力

聘请律师,申请法律援助也需要时间,那么权利及时得到保障不是件容易的事。

关于“侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人”,倘若犯罪嫌疑人要求律师帮助,是否停止审讯? 立法的意图也许是设想存在一个从不完善到完善的过渡,故意在法条上作模糊性的规定。无论如何,我们看到时代在进步。

“侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人”的规定违反了科学的含义。“辩护人”的身份是存在于法庭上的。《现代汉语词典》对“辩护人”的释义为“受犯罪嫌疑人、被告人委托或由法院许可或指定,为犯罪嫌疑人、被告人辩护的人”;关于“辩护”的释义为:(1) 为了保护别人或自己,提出理由、事实来说明某种见解或行为是正确合理的,或是错误的程度不如别人所说的严重;(2) 法院审判案件时,被告人为自己申辩或辩护人为被告人申辩。可见,侦查阶段并不存在“辩护人”的说法。虽然侦查阶段的律师会为犯罪嫌疑人辩解,但律师更重要的作用是保护犯罪嫌疑人的合法权利不受侵犯,而不是当即为犯罪嫌疑人作辩护。该法条修正为“侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权及时获得法律帮助,包括聘请律师帮助”比较好。

关于审讯,第 50 条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪”。虽然这是很大的进步,但是需要与高水平的警察办案水平相匹配。警察的整体水平提高需要一个过程,希望破案的压力和现实水平不要使该法条形同虚设。第 56 条的审判规则对非法取证作出了排除的规定。

2. 关于证据的认定

关于证据内容的设置是基于纠问式的证据审判模式,检察官可以主动审查证据中可能存在的问题,法官也可以单独核实证据中可能存在的问题。证据问题的异议可以在法庭之外的任何阶段提出来,新法在第 54 条中规定,在实施侦查、审查起诉、审判时发现有违法取证的,应当予以排除,被排除的证据不能作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。这是案件调查各环节对非法证据的自行审核,也可以说是工作中对证据方面的特别要求。至于在侦查阶段是否严格按照这种要求工作,既然知道违法,就不应

该先犯后纠,所以自纠的效果很有限。第 55 条规定:“人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的,应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的,应当提出纠正意见;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”检察机关履行的是职务犯罪的调查职责,调查对象是承办刑事案件的警察。第 171 条规定,人民检察院审查案件,发现有以非法方法收集证据情形的,可以要求公安机关对证据收集的合法性作出说明。在庭审阶段,第 57 条规定,在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明,履行的是控告罪行成立的证据举证责任。如果已提交的证据材料不能证明证据收集的合法性,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。笔者认为,这样的规定像是当事人主义审判模式的规定,如果是纠问式的审判模式,那么法官也可以要求侦查人员或者其他与案件调查有关的人员出庭接受质询。审判模式不明确,容易带来诸多困惑。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。另外,“出庭说明情况”的说法也不正确,证据收集是否合法,是要经法庭质询之后确认的,而不是由出庭者占据主导位置,仅仅加以说明而已。第 57 条规定“经人民法院通知,有关人员应当出庭”,但对于不出庭有什么后果,没有惩罚性的规定。现实中,法院的地位并没有表现得比警察机关的地位高,所以法院的审判对警察机关的工作问题并没有足够的制约作用。第 58 条规定,经过法庭审理,用非法方法收集证据的情形已经明确或者无法排除(也可以说是无法否认)用非法方法收集证据的,对于所收集的证据应当予以排除。但是,具体的操作程序如何实施,如何确认收集证据的方法是属于“非法”的,尚需要有司法解释加以补充。否则,这种规定无法表现证据审核的实质和审核标准,条文含义上的空洞使人无法确定实施的效果会怎样。

3. 对证人的保护

新《刑事诉讼法》第 62 条规定,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件,证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,人民法院、人民检察院和公安机关应当采取保护措施。这类案件有共同特点:性质恶劣,势力大,有的还有“保护伞”或者其他组织的支持,因此有能力、有条件伤害无辜的人。能够实施保护措施的主要是警察机关。新刑诉法对证人等受保

护人的具体保护措施为:(1) 不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息;(2) 采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施;(3) 禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属;(4) 对人身和住宅采取专门性保护措施;(5) 其他必要的保护措施。证人、鉴定人、被害人认为因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,可以向人民法院、人民检察院、公安机关请求予以保护。人民法院、人民检察院、公安机关依法采取保护措施,有关单位和个人应当配合。本法条看似不错,操作起来并不容易。在警力不足的情况下,如何禁止特定的人接触被保护人? 又如何对人身和住宅采取专门性保护措施? 这些措施不全面,被保护人有权要求换一种身份异地生活,警察机关应提供保障加以实施。

第63条规定,证人因履行作证义务而支出的费用,应当由国家给予补助。有工作单位的证人作证,所在单位不得克扣或者变相克扣其工资、奖金及其他福利待遇。新法对如果私人企业主不履行会有什么后果没有规定,国家不应当将诉讼成本加在他人身上。

新法规定证人在必要时必须出庭,前提条件是:公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响;包括人民警察执行职务时目击犯罪情况,如果符合前者的情况,也必须作为证人出庭作证。

4. 专家证人

新法第187条规定,人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见将不得作为定案的根据。第192条规定,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。即他们有权申请专家辅助人出庭,帮助对司法鉴定人的鉴定意见进行质询。这应该说是质的变化,至少可以帮助法庭减少司法鉴定的不规范和错误的发生。

5. 技术侦查

新法对一些取证比较难的案件给予警察特别的调查权——技术侦查措施。公安机关技术侦查适用的案件包括危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,实施技术侦查的起始阶段为立案之后,在立案之前是不允许使用技术侦查手段的。技术侦查的实施程序为:根据存在使用技术侦查手段的需

要,经过严格的批准手续,方可采取技术侦查措施。检察院适用技术侦查的案件范围为:重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,适于技术侦查的时间起点和程序与公安机关关于技术侦查的实施一样,只是按照规定交有关机关执行。另外,追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人,经过批准,可以采取追捕所必需的技术侦查措施。为防止技术侦查权力的滥用,保护公民的合法权利不受侵犯,新法特别规定,申请使用技术侦查措施时,应论证侦查犯罪的需要,明确采取技术侦查措施的种类和适用对象。侦查人员对采取技术侦查措施过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私,应当保密;对于采取技术侦查措施获取的与案件无关的信息和事实材料,必须及时销毁。采取技术侦查措施获取的材料,只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判,不得用于其他用途。

6. 隐匿身份侦查

新法第 151 条明确规定了侦查人员可以隐匿其身份实施侦查,禁止在侦查中诱使他人犯罪,不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法,但是对于如何侦查行贿与受贿、侦查人员假冒行贿人侦查的行为未作规定。笔者认为,侦查人员仅仅提出行为意愿,并未说服受贿人接受贿赂的,就不应当属于诱使他人犯罪。对涉及给付毒品等违禁品或者财物的犯罪活动,公安机关可以根据侦查犯罪的需要,实施控制下交付。同时,第 152 条规定,采取侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用。如果使用该证据可能危及有关人员的人身安全,或者可能产生其他严重后果的,应当采取不暴露参与人员身份、技术方法等保护措施,必要的时候,可以由审判人员在庭审之外对证据进行核实。

第五节　法庭上可接受证据的本质内容

从上文中可以看出,在庭审中,案件中的证据不等于是可接受的证据。但是,实践中并没有这个概念,在案件的具体操作上,证据可信与不可信并不重要,只要有证据就可以。为了实现“证据确实、充分”的结果,侦查机关在侦办案件中会单纯拼凑证据数量。如反复审讯,即使每次审讯的笔录并没有本质区别。又如,牵涉到案件中的物体,即使与犯罪无关,如凶器刀子没找到,就用刀鞘作为凶器的替代品。这与其说用来证明案件,不如说

故意给人造成“证据充分”的错觉。

一、证据的关联性是可接受证据的核心内容

不是任何证据都是可以成为在法庭上可以接受的证据的,只有符合证据三个特性的证据才是可以接受的证据。实践中,可以说每个案件都有证据,但是拥有可以接受的规范、有效证据的案件确实不多见。这个后果比较严重。比如赵作海案件,卷中有如下证据:赵作海九次自证有罪的供述;赵作海妻子和女儿的证词,“证明”包裹尸体的麻布是自己家的;物证就是尸体。可以说,关键证据都具备了,但没有一项证据具备证据的三个特性:真实性、合法性和关联性。供述系刑讯逼供得来的,证词也是刑讯逼供得来的,言辞证据均缺乏真实性、合法性和关联性的要求。尸体这个物证的身源没有被确证,不具备真实性和关联性,是不可接受的证据。证据的合法性是前提条件,不具备合法性,证据的真实性和关联性就成了无源之水。合法性存在,不一定必然具备真实性和关联性。另外,有一个重要问题,那就是对物证的辨认是否成为建立物证关联性的条件问题。物证经辨认确定与案件有关系,并不必然建立关联性;否认被辨认物证与案件有关系,也并不必然否定物证与案件的关联性。辨认还存在一个是否有效的问题。辨认应该是客观的、自由的、不受任何限制的。在不完全了解物证的前提下,能够准确表达隐蔽特征,这样的辨认才是有效的辨认。比如赵作海案件中,如果赵作海的妻子没有看到麻布,就能准确描述麻布的大小、颜色、由几块拼接形成、拼接的缝纫方式、缝纫特点、麻布的破损等,直接让她亲眼看到麻布,并进行确认;在存在逼迫的情况下,这个辨认笔录就是不可靠的。关于缝纫特征,可以与赵妻的其他缝纫布品的缝纫特征相比较,辨认是否一致。如果辨认所描述的特征与物证相符,那么这个辨认使得麻布与赵作海杀人案件的关联性建立,可以认为这个辨认是真实有效的。如果辨认所描述的物证特征完全不具备,这种验证物证的关联性就要打折扣。否定关联性的辨认则要排除虚假成分才是可信的。由此可见,辨认属于言辞证据,必然存在不确定性的成分。所以,无论辨认的结果是什么,都要辅助于物证的检验,形成证据链。切忌将具有不确定性可能的证据作为确定无疑的证据对待,否则必然会带来灾难性的后果,因为制造冤案、杀错人的案例并不是没有发生过。

二、案件中证据的数量足够多不代表证据的关联性自动产生

在实践中,案件调查人员倾向于认为案件中的物证多多益善,而实际上经过检验的物证并不多,多数物证甚至都没有记录准确的来源。没有来源记录的物证,其取得的方式就不能算是合法的,那么接下来的物证的运转、检验也都是没有意义的了。也就是说,实践中不完整的证据链通常被想当然地认为是完整的,尤其是在证据链形成需要较多数量证据的情况下更是如此。案件中证据数量多,并不代表证据确实、充分,也不代表所有证据与案情自动产生关联。

三、证据向可接受证据的转化

法庭可接受证据的特征是:证据与案件的关联性。实物证据转化为法庭可接受的证据,实质上是将具备潜在证据特质的种类物转化为具有可接受证据特质的特定物的过程。

怎样让证据成为法庭可接受证据,在我国的司法实践中表现得实在令人担忧。有个别案件处理得较好,那也是案件承办人个人发挥了作用,在分析案件证据中发挥了个人能力。但是,从多数案件材料看,证据包括言辞证据被适当对待的案件几乎没有。所以,有赵作海的冤案发生一点也不奇怪。赵作海的冤案之所以发生,当然也不是案件承办人故意制造冤案的结果,而是每一项潜在的证据没有转化为法庭可接受的证据,案件中的每一项证据在本质上都不具备可接受证据的条件。案件中有了尸体,事后证明显然不是赵作海"制造"的尸体;有了被告人的供述,事后证实为刑讯逼供得来的。但是,这些证据在审判当时一概被接受为认定赵作海罪名成立的证据。即使这些证据按照自然科学的法则,并不具备可接受的条件,但是没有人去追究。这个案件得以昭雪,最终需要追究的不但是警察的责任,也是法院或者法官的责任。侦查人员、公诉人、法官具有不可推卸的责任。将不可以接受的证据接受,作为认定赵作海谋杀罪成立的依据,法官和法院的责任更大。

第六节　中国证据制度的基础论证

证据法同其他部门法有着同样的立法基础。国家宪法与国家的法律

思想和政策,都是影响立法的因素。对于证据法,现存的实体法和诉讼法也是立法的影响因素。

一、司法制度的统一与严肃化是证据制度的基石

当前我国的行政管理模式在司法方面体现的广度和深度都让人担忧,存在的严重问题如下:行政机关具有司法权力,司法机关具有行政的色彩。这是司法不能独立的表现之一,同时也是司法权力管辖范围被极度缩窄的原因。社会纠纷的解决未统一化,导致纠纷解决的不彻底性,使得公民之间的纠纷丧失了救济的途径,承担不完全救济功能的信访部门承担了这种无力承担的重任。层层信访动用了太多的政府资源,造成社会财富的巨大浪费。

行政机关具有司法权力表现为:很多类型的纠纷不允许通过司法途径解决,或者不允许直接通过司法途径解决。如行政、事业单位关于劳动、福利等劳动纠纷和行政诉讼,没有司法的救济途径。造成这种现象的深层原因也许是担心司法权力会危害行政权力。劳动纠纷须由劳动局劳动仲裁,也是社会主义计划经济时代对企业行政化管理的遗留影响。另外,人民调解制度、信访制度等也是行政替代司法的重要表现。

我国目前的现状是:行政权力与司法权力不是相当的,行政权力常常盖过司法权力。例如,法院不能随意大量受理房屋拆迁的诉讼,不能随意受理政府为被告的行政诉讼。地方行政法规可以轻易让诉讼法的效力变为零。即便是受理了这类案件,告之于法庭的被拆迁户往往难以胜诉;即使胜诉也无用,某些情况下施加在房产商身上的保护力量导致其无法执行。所以,私有房屋被拆迁的居民宁愿采用非司法手段,对他们来讲,通过信访,不断地给政府找麻烦,或者采用扩大社会影响,以"造成社会不安定"威胁政府机关,似乎比司法途径更容易达到目的。计划经济时代,对国家的管理只需要将行政权力集中行使即可。市场经济的内在需求对司法权力的要求更为严格,它要求司法权力不受行政权力的干预,要求司法制度更为有效地解决任何纠纷,以降低成本,有效地维护经济活动的正常进行。

司法受行政干预还表现在其他方面,根源之一还在于"稳定压倒一切"的国家治理思想。在司法方面,这常常表现为个人与社会、单位发生纠纷之后的诉讼困难:立案难,胜诉难。某市民刘氏与其所在的国有企业的

领导发生矛盾，该单位在刘氏父母尚健在的情况下，强行将其送进精神病院接受治疗，并阻止精神病院准许其出院，时间长达近八个月。刘氏遂向公安机关报案，公安机关以该企业是本市的重点企业，企业的行为仅仅是出于安全的需要等为由不予立案，而事实是：刘氏既没有危害社会的行为，也没有危害社会的行为倾向，完全是企业领导与员工之间的矛盾。某市辖县以农民集体土地与某上市公司联营建造肉禽场，因经营不善，将建筑物租赁给一家投资公司作为经营房地产租赁之用。由于租金利益经过层层分配，最终到达农民手中的所剩无几。依靠该土地生存的农民向法院起诉，诉称村委会与某上市公司签订的租金分配协议未经过全体村民同意，是无效协议，要求法院予以撤销。法院经过了长达近一个月的请示，以村委会违反村委会组织法的行为系由行政机关管辖，不属于法院的管辖范围为由不予立案，要求农民们通过信访的方式由行政机关解决该经济合同是否有效的问题，同时拒不告知农民应当向什么行政机关提出请求。以上案例说明了法院保护的不是个人的权利，从某种层面上看，国家、集体的利益相对于个人的利益是至高无上的。“稳定压倒一切”令人感觉是高于宪法效力的最高法律精神，在稳定面前，任何法律都可以成为一纸空文。国家的安全是第一位的，每个国家均有这方面的立法。但是，国家安全的范围不宜无限扩大，甚至成为损害个人利益的借口。运用于实践中的“稳定压倒一切”，绝大多数的前提条件很难让人把握。司法程序如果不彻底革新，就确实会导致社会不稳定。为了眼前的所谓稳定，给社会造成一种司法不公正的感觉，长远来讲未必能实现社会的稳定，反而会造成社会不稳定的大气候。社会不稳定并不意味着社会的大动荡发生，而是以形形色色的社会纠纷不断发生且得不到解决为表象。同时，社会不稳定也是缺乏良好社会秩序的象征。社会不稳定往往与司法制度混乱共生共存，究竟孰因孰果很难界定，因为有中间因素的存在并交互作用而致。

行政权力不具备解决社会纠纷的条件和效率，也不具备解决社会纠纷的严肃性和统一性，这是由行政权力解决社会纠纷的非法律专业性所致。行政模式解决社会纠纷往往达不到争议双方的要求和令其信服，因为它不具有专业性，当事者双方不会认为法律规定的权利和义务在行政权力的干预下能得以完美地实现。行政模式的非法律专业性往往导致同类型的社会纠纷得到不同的处理结果，导致社会纠纷处理不统一。尤其是每个信访者的信访结果不同，如有的信访者经历了几年的信访历程，耗尽了全部的

家庭财产甚至生命,最终一无所获;而有的信访者由于受到了某位有影响力的人物的偶然关注,或者被媒体偶然关注,却得到了遂其心愿的非法律规定中的解决,显示出个人因素对该信访者的优待。但是,这毕竟不具有解决同类社会纠纷的普遍代表性,同时也不能否认这是破坏法治社会形象的重要因素之一。

行政代替司法的现象给证据法带来的直接不利影响表现为,社会纠纷解决过程中证据丧失,而无法再通过司法途径最终正确解决该纠纷。如人民调解制度和仲裁、行政裁决,解决社会纠纷常常不是根据纠纷中的证据,往往在更大程度上是某种特别的需要、利益上的衡量,甚至是一方放弃权利的自愿调解。在另外一层含义中,由于人民调解制度、仲裁和行政裁决对证据的要求并不严格,导致其解决纠纷有很大的任意性;同时,由于利用这些方法解决纠纷的官员常常认为这些法定方法并不是当事人决定最终采用的,或者是因为当事人无奈,这些官员也往往随意而为之,或者趁机给一方当事人一个人情,任意给出一个处理结果。证据法在某种程度上遭到了践踏。

二、欠缺人权保护意识的证据法律现状

人权保护是任何一部法律,包括证据法在内的立法基础。人权保护不能被单纯理解为片面的、单方面的人权保护,而是各个利益集团或个人与团体保护的利益的平衡。这种利益的平衡是在立法层面上的,而不是在法律实施层面上的。人权得到充分的保护是实现社会稳定和社会秩序化的基础。因为任何不稳定因素的产生和任何社会纠纷的发生都是因为人的合法权利被侵犯,或者是利益在人与人、人与社会团体或单位之间的分配不平衡的表现。市场经济社会中,利益的冲突更是历史上未曾有过的社会的主流。要实现社会经济行为的最大社会效用,人的行为目的应完全建立在创造社会价值的基础上。如果人的权利得不到应有的保护,就不可能实现这个个人行为目标,还会导致大量的社会纠纷的发生。这不但导致不产生社会价值的民众的行为,还会造成社会资源的巨大浪费。这不是市场经济社会所需要的社会秩序。

人权保护在证据法方面表现为:任何一个国家的证据制度均是受整个社会制度包括司法制度的影响的。司法制度不健全,证据制度同样是存在很多问题的。例如,关于公民作证义务的证据规则,如果人人都可以因拒

绝作证而不受法律追究，就会因妨碍司法公正而使司法制度归于无效，使人权保护的目的落空。人权保护不仅仅体现在立法上，也体现在法律的实施上。社会在遵守和运用法律方面往往有一种自行调节的作用，立法中对人权保护的不足，往往导致实践中对人权保护的践踏。在我国的实践中，司法机关，尤其是公安机关，由于没有关于公民拒绝作证的法律责任，为获取有利于案件解决的证据，有时会对证人或者违法犯罪嫌疑人实施关押、刑讯逼供等，简单地处罚某些违法的司法官员是无济于事的。这样就形成了恶劣的司法环境。在某种程度上可以认为，社会的自行调整作用往往难以被人认同。

当前的证据制度在保护人权方面有严重问题，主要存在于有关司法鉴定、人证的证据制度方面。司法鉴定制度中，人权保护方面的问题体现在以下几方面：伤残等级标准是基于受伤时还是病情稳定、治疗后？由于人的体质与免疫力或者接受的治疗因人不同，如果以病情稳定和治疗后的身体状况为标准确认伤残等级，势必对体质好、免疫力强、接受的治疗条件较好的人产生不公正的鉴定结果；如果以受伤时的状况为标准确认伤残等级，由于伤残的程度未确定而导致鉴定缺乏依据。如某啤酒制造商使用不合格的啤酒瓶，导致发生啤酒瓶爆炸事件，使王某的一只眼睛受伤，导致角膜穿孔。王某可能因为在贫困地区无钱治疗造成视力损害而构成伤残；也可能家庭富裕，及时得到治疗，通过接受角膜移植手术重新恢复大部分视力而够不上伤残等级，并且因此而得不到相当程度的赔偿。问题的根本不在于以什么时间点为标准，而在于制定所谓的伤残等级标准，并以此作为法庭审判赔偿标准的使用依据，其本身就是缺乏科学性的。够不上等级标准的人很难得到人身损害的赔偿，所得到的最多只是医疗费赔偿而已。笔者认为，人的生命价值由此而难以体现。在这种情况下，无论受害人是否移植角膜，都应当参照同等的伤残等级标准赔偿，才能充分保护人的合法权利和尊严。医疗纠纷中，人权保护存在诸多问题：在证据保全方面，没有开始于医患关系发生之初。如病历材料，包括手术自愿书，应当一式两份，同时签名签章，医患双方各执一份。但是，长期以来，对于住院病人只有一份病例，并且由医院方单方保管，一旦纠纷发生，病历可能立即被医院修改得面目全非。笔者在代理医疗纠纷中遇到这么一个案例：一位病人因为脑血管狭窄，到某大医院就诊，主治医师告知其可做脑部血管支架手术。病人同意了。在治疗期间，病人感觉身体状况越来越差，意识到肯定发生了

问题。病人在没有惊动医院的情况下,在一天半夜,趁护士打盹时将病历偷出来,到24小时便利店中复印了一份,又将病历放回原处。后病人死亡,原、被告双方分别提交到法院的却是两套不同的病例。在证据的制作方面,也应当有严格的要求,防止医院方的欺诈变为合法。笔者还代理过这样一个案例:某市陈女士因为颈椎骨质增生,到某大医院就诊,医生告知其可在颈椎处放置颈椎夹进行固定,当然也可以不做该手术而采取保守疗法。最终,陈女士同意了颈椎夹手术,并在手术自愿书上签了字。偌大一个沉重的铁架子用螺丝装在了陈女士的颈椎骨上。遗憾的是,陈女士不但病情没有减轻,反而加重了,遂向医院方要求二次手术以将颈椎夹去掉。医院方为了不遭受经济上的损失,逃避责任,坚决不同意第二次手术,除非陈女士愿意与其签署一项协议:一切后果,包括第二次手术的费用,由陈女士承担,并且到公证处公证,才能将颈椎夹去掉。可怜的陈女士被逼无奈,完全按照医院方的要求,前往公证处,经过对医疗问题一无所知的公证人员的见证,办理了协议公证。颈椎夹拿掉了,前后的经济损失有十几万,陈女士窝了一肚子的气,怎么想都认为自己进了圈套,随后与医院方发生了争执。面对不懂医疗知识的法官和明显不会偏向自己的医学会鉴定,陈女士不但讨回公道的可能性很小,而且将因此遭受一辈子难以忘记的精神伤害。该事件的发生一开始就存在欺诈行为,颈椎夹手术确实是可做可不做的手术,如果病人知道,肯定会选择不做。在交谈中,医生误导病人做还是比不做好,病人才会同意将偌大一个铁架子放进自己的身体内。在上述案例中,受害者的人权完全被践踏了,尊严被扔进了垃圾箱。

三、举证倒置形同虚设

医疗纠纷、劳动争议等案件中的举证倒置也存在很大问题,问题的关键在于法官如何保证公平裁定倒置得来的证据合法有效。规定医疗纠纷和劳动争议等案件举证倒置的前提,是因为医院方和劳动单位是负有举证责任的一方,对争议的事实掌握绝大部分的信息,另一方甚至完全无法取得证据。问题是,在举证方完全具备伪证的条件下,法官对其所提供的证据如何判定才具有可采纳性?如医院方所提供的医学会的医疗事故因果关系鉴定,医院对于在本地区的本行业内,有几个医学专家是医学会的成员、哪个专家在什么医院供职,都了如指掌,完全可以通过私人关系达到互相保护的目的,而且这种合谋甚至是有默契的。法官不具备医学专业知

识，也没有必要具备法律之外的任何其他专业知识。但是，对于如何裁定一项证据是否具有可采纳性，必须有一套具体的证据规则，也就是证据的来源必须是真实可靠的。如对医院方所提交的医学会鉴定，举证的重点不仅仅在于鉴定书本身，还必须对该医院方的主要负责人和专家的个人履历进行调查，调查医院院长和专家的教育培训、参加学术研究会议的情况，同时也对对该医疗纠纷案件进行鉴定的专家的履历进行调查，调查两方人员之间有没有形成个人友好关系；另外，参加医学会鉴定的专家以往有没有参与过出具错误鉴定的情况，也是证据质证的重点。要将证据本身的怀疑点与证据的来源背景结合起来，确认该证据是否合法有效；并对伪证者由法庭作出处罚裁定，将参与伪证的人员通报其行政管理部门，给予行政处罚。同样，对于劳动单位所提供的证据，也要对证据本身和证据的来源背景两方面进行质证。该证据规则在实践中常常不能够得到充分运用。有这么一个案例：李氏夫妻的女儿在某市某大学的研究生院读书期间，跳楼自杀身亡。女儿生前曾在该市某精神疾病卫生中心就诊六年，在治疗期间从未间断过服用药物。由于无法接受心爱的女儿去世的事实，李氏夫妻由千里之外的某市赶到该市女儿曾就诊的精神疾病卫生中心，想详细了解女儿的精神状况和治疗经过。该院的医生说李氏夫妻有精神病，需要进行精神安慰与治疗，并且说可以享受每天 20 元的治疗收费，并可使用该院病床。夫妻两人远道而来，也正在为住宿的事情发愁，想到暂时可以将医院做旅馆使用，就同意了。不承想，第二天，妻子被送进重症精神病房接受强制治疗，丈夫被该精神疾病卫生中心的负责人通过个人关系送进另外一家精神病院。在经过 21 天"关押"之后，妻子用备用手机与在本市居住的姐姐联系，方被接出精神病院。面对记者的镜头，该精神疾病卫生中心的一名负责人竟然说："你们去告吧，我们院长是医学会精神疾病方面的负责人，不怕的。"他这样讲是有他的理由的，因为医疗纠纷一定要通过医学会的鉴定。该市的高级法院有内部规定，各区法院处理医疗纠纷案件，必须委托本市的医学会进行鉴定。同时，首先在本区的医学会鉴定，如果对本区的医学会鉴定结论不服，可在市级医学会进行第二次鉴定，任何其他法院及外地的医疗事故鉴定在本市法院都是不被认可的。关于医疗纠纷在证据方面的规定归于一家，其本身就是有问题的，如果连外地的或者是医疗、司法制度完善的城市的鉴定结论都不认可，那么证据法在这类纠纷中不如不存在的好。现存的证据方面形形色色的规定几乎是为医院一方所

作的。另一个问题是,对于证据规则这个属于基本法律范围内的立法,应当通过全国人大的立法程序来制定,而一个省的高级法院竟然可以制定证据法的内容,实在让人不可理解。

四、证据的基本制度对证据法的影响

当前证据的基本制度包括两种:当事人主义和职权主义。尽管两种证据制度在个别证据规则上有互相借用的现象,但它们的性质是截然不同的。任何一个国家的证据制度要么是当事人主义,要么是职权主义。至于当事人主义还是职权主义,本身对于实践中司法公正的影响不是单一的。一个实行职权主义证据制度的国家,如果其整个司法制度井然有序,符合科学的规律,那么职权主义的证据制度对司法的公正并不构成威胁;相反,即使一个实施当事人主义证据制度的国家,如果整个司法制度就是不完善的,其当事人主义的证据制度也会成为妨碍司法公正的原因。也就是说,证据制度本身在这层含义上似乎采取哪种形式都是无关紧要的,重要的是证据制度的大环境,包括法律意识环境和司法环境。

任何将证据制度本身所存在的问题单纯归咎为证据制度本身,企图从证据制度的技术层面上解决其科学性的问题,进而解决证据制度的公平正义问题,应该是天方夜谭。尽管如此,对于无法把握一个国家的司法环境的学者来讲,从证据制度的技术层面上研讨证据制度的问题,提出兼采当事人主义和职权主义的证据制度学说,似乎是在为维护司法公正作力所能及的努力。问题的关键在于,在有问题的司法环境中,任何调和的制度不但不能做到兼收并蓄,两者的任何一种优点都不能被发挥至极致,反而会造成司法制度的混乱。实践中的问题表现在,对于民事案件,当事人双方取得证据的能力有可能相差甚远,还有很多经济拮据的当事人请不起律师,而法官要求双方自行取证。这是当事人主义证据制度的表现。同时,法官不对当事人所提交的证据,包括证据的提交者、制作者、证据本身的内容,组织全方位的质证,这是职权主义证据制度下法官的行为方式。这导致当事人在鉴定结论面前,在各式各样的专家面前,面对各式各样盖有政府机关红印的文书,手足无措,无能为力。对于刑事案件,犯罪嫌疑人的权利保护处于不利地位,主要表现在:在侦查阶段,律师无法了解除罪名之外的任何信息。这主要是职权主义证据制度的表现。司法机关对公民人权的侵犯无法避免,主要表现在立法上对之有不适当的规定,即犯罪嫌疑人

的行为已经追究,应当撤销案件,或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪。"情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的",国家也不负赔偿责任。其混乱现象主要表现在公安机关对经济案件的侦查方面。在经济活动中,由于我国不是完全的市场经济体制,经济制度和法律法规不统一,经济活动缺乏秩序,加上刑法的规定与之相脱节,经济纠纷更加复杂多变,企业中存在广泛的违法和犯罪现象。尽管曾有命令下达,要求公安机关不能插手经济纠纷,实践中的现象却并不单纯。有些公安机关对于众多的经济犯罪,如以企业名义实施的诈骗、形形色色的金融犯罪、抽逃出资等,实际上以民事纠纷为由视而不见,公安经济侦查部门成了办理关系案的部门。犯罪嫌疑人能否成为罪犯,要看控告人与公安办案人员的关系如何,以及犯罪嫌疑人与公安的关系如何。要想找出一个企业的问题是不难的,要想让一个企业变得没有问题也是不难的,公安机关完全可以为之戴上企业间经济纠纷的帽子而"不插手企业的经济纠纷"。

五、质证的科学性规定

质证的科学性要求,包括证据应当具有确定性、复验重现性。所谓法庭证据的确定性,表现在两个方面:

一是呈交到法庭上的证据,其证明的情况不以存在不确定因素为前提条件。如证人证词,具有可采纳性的前提条件是,证词必须未受到恐惧、错觉、情感等因素的影响。证据证明的情况不以存在不确定因素为前提条件是指,未对证据的陈述者是否受到主观因素影响,是否受到取证人的利诱、威胁等因素予以明确。不以存在不确定的因素为前提条件,并不是指证据证明的情况必须存在唯一的前提条件,而是说前提条件必须能够确定。如证人证言,在提供言辞证据时,对证人是否存在恐惧、错觉、情感等因素已经予以明确,并经过了质证。只有这样,法官才能够根据所提交的证据,结合证据来源的背景作出判断。

证据必须是经得起反复验证的,这是对证据是否存在不确定因素论证结果的要求,也即证据的复验重现性。证据的复验重现性表现在,任何个人对证据所证明的情况经过不同角度的反复验证与思考,所得出的结论都是一致的。这就是美国证据制度所要求的"对案件的判定是任何普通人都能够作出的"。证据经得起反复验证尤其应当体现在专家意见上。专家意见具有可采纳性的前提条件是,任何其他的专家证人也能够对相同的证据

得出相同的意见。但是,在我国,专家意见倾向于被认为是权威的,专家之间也有权威上和行政级别上的区别,而且以鉴定书上所标明的单位及印章标示专家权威的级别及其专家意见所代表的证据效力。从鉴定书上看,鉴定人是何许人都可以不知道。对于鉴定书上两到三名鉴定人的签字,申请鉴定的人实在应当高兴才对,因为他花了一次鉴定的费用,得到的却是两到三次鉴定服务。问题是,这些鉴定人的意见却表现为众口一词。多人有一模一样的思想是违反自然科学规律的,但司法实践中却认识不到这一点。

二是尽可能使法官可以运用证据直接判决。

一方面,证据明确的程度必须尽可能达到让法官直接运用于判决的要求,而不是主要依据其他证据进行综合判断和综合运用。这需要法官使用较多的主观判断确定其证明作用,或者对其要么选择,要么放弃,使法官在对案件进行判决中承担较多的风险。实践中,当事人也抱怨:法官对我提交的证据不予考虑。这就要求证据规则必须规定对证据的质证是全方位的,不但包括证据本身的逻辑性,而且包括证据的来源状况。这样质证的结果使法官在明确的状况下使用证据,不需要承担不必要的主观判断上的风险。

另一方面,由于证据所表达的内容有程度上的区别,证据中表明程度的内容也必须是明确的。如关于轻重伤和伤残等级的专家意见,由于轻伤和重伤中或者每一个伤残等级内存在轻重不同的程度,证据本身必须表明这种程度上的区别,只有这样法官才能够直接用来针对不同的状况作出判决,不至于对相同的案件作出的判决却不一致。因为刑法上规定,伤人致轻伤的,判处三年以下有期徒刑。何种轻伤为三年?何种轻伤为半年?法官根据医学中人体的伤害状况和痛苦程度作出准确判断几乎是不可能的,这就需要在专家意见中作出明确的说明,使法官对该种证据可以直接运用。

六、公平价值观在证据法中的运用

公平价值观始终是任何法律的法理基础,应当成为唯一衡量利益、保护平衡的标准。公平的价值可以不存在于法律条文中,而是表现为现实条件下的可行性。法官的主观判断始终不能做到应有的准确程度,因此公平价值观是在判断不能情况下的辅助使用手段。问题不在于公平价值观本

身,而在于决定公平的价值取向究竟是以人为本,还是以所谓的“稳定”为本。市场经济下的价值观念要求以人为本,计划经济条件下的价值观念要求以国家利益为本。实践中,法官往往以保护国家利益为前提,在处理案件时首先是保护国有企业的利益,个人往往很难在人身权利或者经济利益遭受国家机关侵害的情况下获得足额的赔偿。

第二章　从案例中的证据操作及证据认定看证据实务的问题所在

笔者在代理一起运输、贩卖毒品案件中，作为一名被告人的辩护律师，研究了整个卷宗的证据问题。之所以选这个案件，一是因为它是特大的、有可能判死刑的案件，二是因为它属于实践中那种证据最为“确实、充分”的案件：第一被告被当场抓获并被发现随身携带大量毒品。

案件经过大事记：

1. 2011 年 1 月 25 日 14 时许，第一被告夏 × × 在其租借地小区门口被拘捕，随身携带 1000.99 克冰毒；随后警方在本小区夏 × × 与卢 × 的租住房屋中查获冰毒等多种毒品并拘捕第二被告卢 ×；当日 17 时许，警方在宝山应 × × 的借住地拘捕第三被告应 × ×；

2. 上海市检察院第一分检院于 2011 年 9 月 19 日向上海市第一中级人民法院提起公诉；

3. 上海市第一中级人民法院于 2011 年 9 月 27 日向上海市司法局法律援助中心请求为被告人应 × × 提供法律援助；

4. 笔者于 2011 年 9 月 27 日接受法律援助指派；

5. 笔者于 2011 年 9 月 29 日到上海市第一中级人民法院阅卷；

6. 笔者于 2011 年 9 月 30 日到上海市浦东新区看守所会见应 × ×；

7. 上海市第一中级人民法院于 2011 年 10 月 9 日上午 10 时开庭，笔者为应 × × 辩护；

8. 上海市第一中级人民法院于 2011 年 10 月 24 日上午 10 时再次开庭，对补充的证据质询并当庭宣判：第一被告夏 × × 被判处无期徒刑，卢 × 被判处 15 年有期徒刑，应 × × 被判处 15 年有期徒刑。

9. 笔者于 2011 年 10 月 28 日收到上海市第一中级人民法院判决书。

第一节　夏××等毒品案件中的被告供述的言辞证据研究

三名被告人在侦查阶段各有三次供述，基本上一致，只在赃款等细节上有所差别。第一被告全部供认，并意图脱清第二被告涉案的情况。第三被告几乎没有供认参与运输、买卖毒品的犯罪行为。

一、夏××的供述及所存在的问题

夏××于2011年1月25日供述：我叫夏××，生于1964年3月1日，初中文化程度，无工作。我初中毕业后在机修厂上班，2000年去美国一家饭店打工，2005年回国，开过汽车租赁公司，一年后倒闭，闲散至今。我于2007年4月因制贩走私毒品被黄浦公安局刑事拘留，同年5月刑拘释放。2011年1月25日14时许，我从浦东川沙镇叫了一辆出租车到浦东新区×××路850弄小区门口，下车后被民警抓获，从我身上搜出了冰毒。民警从我上衣右侧口袋查获一个"红双喜"香烟盒子，内有两包淡黄色冰毒，另有一包粉红色的果子15粒。还有一张广元至上海超长客运中心接待点收据，编号0001343，日期为2011年1月24日，金额300元，备注写有"2人"。民警还从我随身携带的红色尼龙拎袋里查获两包冰毒，一包有点淡黄色，一包是白色。红色尼龙袋上印有"Free Duty""Hong Kong"等字样，两包都是用塑封袋包装，外面用报纸包裹。另有现金19800元。……2011年1月22日前几天，我问应××有没有冰毒货源，应××说能联系到的。他联系了四川广元市的一个朋友，这人是谁我不清楚。我说要1公斤，谈好价钱是24万。我和应××就于2011年1月22日20时10分从浦东国际机场搭乘四川航空公司的飞机飞往成都。我们23时到达成都后直接赶往宜宾市，在一个叫"雅郡酒店"的宾馆住下。1月23日晚22时，应××电话联系了一下。过了一段时间，来了一个四川口音的当地人，把两袋冰毒给了我。我付给他24万现金后，他就离开了。我和应××连夜赶往广元市，1月24日中午13时乘上了开往上海的长途汽车，1月25日中午11时到无锡换乘一辆大巴到上海川沙。我和应××分头回家，应××乘地铁回家，我在我住的小区门口被抓。我住的地方有我、卢×和卢×的儿子。卧室里还有冰毒20克左右，还有果子，有多少记不清了，由卢×保管。这

些毒品是我自己吸食的。我有一辆黑色桑塔纳2000型轿车，牌照沪BA0222，2005年下半年买的，没过户，行驶证不是我的。车上有个黄色的月饼盒，有两包粉色“麻古”，还有6包冰毒，是用塑封袋包装的。我和应××是朋友关系，他住在宝山山泉路。卖给我们毒品的四川人40岁左右，身高1.7米左右，身材稍胖。（问：你买毒品来干什么用？）我准备出售的。我和卢×是男女朋友，卢×平时吸毒的。（问：你身上有没有伤？）我的脸上有淤肿，这是刚才民警抓我时，我自己不小心撞在车门上了。我没有要检举揭发的情况。

夏××于2011年3月22日供述：应××在去四川的前几天跟我打电话说，四川那边的“糖”比较紧张，价钱不肯便宜，说“李×”那边大概有货的，是从一个锅子里面出来的。我说我不要碎的，我要整块的“糖”。应××向我保证“李×”的货肯定没问题。（问：你准备买毒品的26万哪里来的？）去四川前几天问卢×借的，说是做生意用的。我和应××、小芳以前去过成都两次，第一次没看到货源，第二次说货不好。

夏××的供述中，关于“我的脸上有淤肿，这是刚才民警抓我时，我自己不小心撞在车门上了”的描述，明显是警察有意为之的避嫌之举。笔者认为，警察这样问讯不是太适当，应该这样问讯比较好：“本次抓捕和讯问过程中是否有人对你实施人身伤害或者其他伤害？”抓捕中由于嫌疑人竭力反抗，造成嫌犯有人体伤害也是属于正常的现象，如果在笔录中显得过于掩饰，反而起到不好的效果。“你身上有没有伤？”这样的问讯方式显得突兀，应当考虑或者研究更好的问讯形式，以使侦查工作显得更加规范和可靠。

二、卢×的供述及所存在的问题

卢×于2011年1月25日供述：我叫卢×，生于1965年12月6日，高中文化程度，现无工作。我高中毕业后在黄浦区做生意，2008年我丈夫生病，就不做生意了，他2009年6月去世。我至今无业。我一开始也不知道。2011年1月25日14时许，我一个人在三林镇西泰林路×××弄×号×××室的南面大房间。我正准备“溜冰”的时候，民警进来了，查获大量毒品和吸毒工具。民警从大房间电视柜台面上查获一包白色晶体和一包白色粉末；从电视柜的一个收纳盒里查获一包白色晶体和两包白色粉末，

从电视柜的一个抽屉盒子查获一粒绿色的药片；从紫色花纹包内的一个黑色手机袋内查获一包白色晶体，从包内的一个红色手机袋内查获三包白色晶体，还从包内查获三包黑色药片、一包红色药片和一包红色粉末，均用透明塑料袋包装；从房间沙发边上的一个红色"百味林"袋子的一只"心心相印"纸巾盒内查获18包透明塑料袋包装的白色粉末；从房间窗台上的一只铁盒内查获一包用透明塑料袋包装的绿色植株；从房间衣橱内的一只黑色女士拎包内查获现金人民币18万元；从房间的电视柜内查获三只电子秤；从房间的床头柜的抽屉内查获498粒用锡纸包装的橙色药片；从大房间内查获四只自制的用于吸毒的冰壶，以及两部手机，一部诺基亚N81手机，一部TIM翻盖手机。白色晶体是冰毒，绿色植株是毒品大麻，药片是开心果，其他的不知道。我和夏××是男女朋友关系，最近一次吵架后，他外出了，不知去了哪里。

卢×于2011年4月20日供述：我朋友里面有叫"康弟"的，听说一直吃官司没停过。我手机里保存的名字是"康二"。夏××案发前没有和我借过钱。

卢×的供述从记录表面上看显示与夏××的运输、贩卖毒品行为毫无关系。这说明卢某是在自然的状况下（审讯中没有逼迫）所作的供述，撇清一切犯罪行为是本能的反应。只是警方在审讯中不应该给嫌疑人这么舒服的状态，让其随意讲述。如何判断卢×的供述？卢×与夏××两人显然对于购买毒品的赃款没有机会沟通，所以才会说得不一致。卢×对26万毒资来源完全否认，是不想与此有任何牵连。另外，审讯卢×存在重大问题，就是对卢×的手机短信问题，没有在第一时间充分审讯。因为在抓捕三名嫌疑人之前，公安机关据说掌握了电信线索。警方事后发现卢×手机中有大量的买卖毒品信息，牵涉到多名购买毒品的人和这个圈子里买卖毒品的信息。事实证明，警方在最初讯问"康二"的个人信息时，卢×还是如实说了，如果根据短信内容紧接着问两人买卖毒品的行为，还是有可能问出更多的内容的。后来，卢×就连"康二"是谁都不肯作出肯定的回答了。



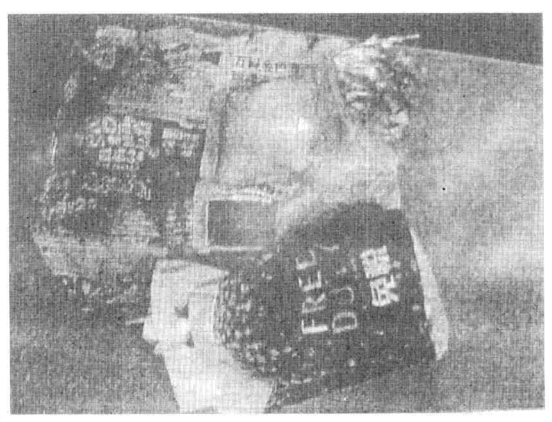


图 2-1-1　从夏××身上查获的毒品

三、应××的供述及所存在的问题

应××于2011年1月25日供述:我叫应××,生于1962年12月26日,高中文化程度。我1980年因盗窃被闸北公安局劳动教养三年;1983年因打架被加两年期限;1987年因流氓罪被南市区人民法院判处有期徒刑12年;1994年因流氓罪和贩卖假币罪被闸北区人民法院判处有期徒刑15年;2010年4月因容留他人吸毒罪被宝山人民法院处拘役六个月。2011年1月25日17点30分,我独自在暂住地(宝山区三泉路××××弄××号×××室)"溜冰",民警进来,把我带到公安局。(问:你怎么知道"阿海"带毒品?)他和我一起去四川,他应该是去拿毒品的。2011年1月22

日晚上 8 点 10 分，我和阿海一起去浦东机场乘飞机到四川成都。我四川有个女朋友，我这次是去见她。到了成都机场，我打她电话，住到一家叫“亚军”的旅馆，阿海住五楼一个房间，我和女朋友住三楼一个房间。23 日晚上，我一个人在市里闲逛，八九点的时候，阿海叫我退房，叫了出租车到广元，找了个旅馆，我俩住一个房间。我们 24 日中午 11 点乘了去上海的长途汽车，1 月 25 日在无锡换车到上海川沙，他叫一辆出租车送我到地铁口后回家了。阿海到了四川，我感觉不对劲，感觉他是去拿毒品的。因为他待了一天就回去。我和他本来就不怎么认识，找我一起去可能是拿我作掩护，两个人在一起不太引起别人注意。住宿、机票、车票都是阿海开销。他要为我开销，我就让他开销。我是两年前开始吸毒的。

应××有多次前科，是被判刑的劳改、劳教人员，与警察打交道不止一次了，要从其口中得到有用的信息是比较困难的。应××在整个贩卖毒品过程中起协助联络毒品来源的辅助作用，还是整个事成之后分得相当部分赃物或赃款的主要参与人。由于夏××和应××对此都没有供述，因此只能从轻认定。另外，应××拒绝交代参与贩毒的任何情节，也是从轻认定的原因。从应××的人身经历来看，承办人倾向于认为其应为主犯。但是，罪行的大小应当严格按照证据证明的结果来认定。

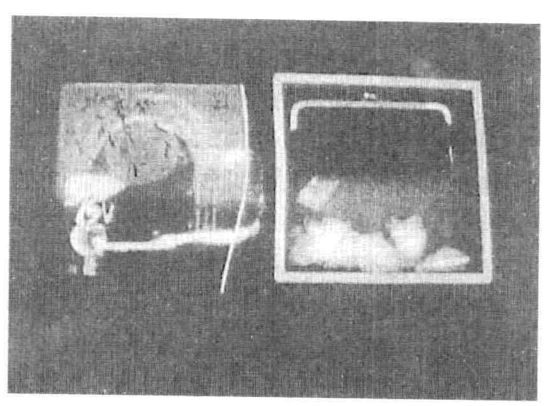
第二节　夏××等毒品案件的证据质询研究

夏××、卢×、应××涉嫌贩卖、运输毒品案件于 2011 年 9 月 10 日在上海市第一中级人民法院开庭。

一、对公诉人所出示的证据质询

公诉人出示了以下证据：

1. 毒品证物照片





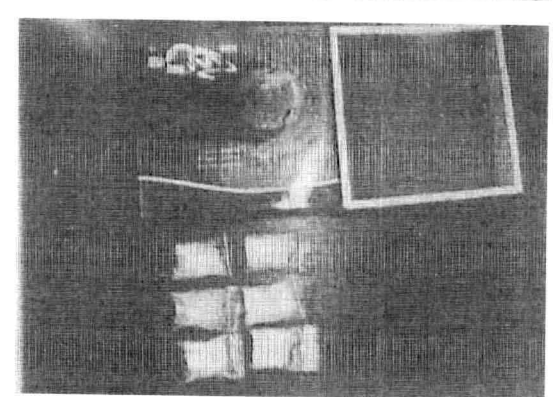


图 2-2-1　从沪 BA0222 车内查获的毒品

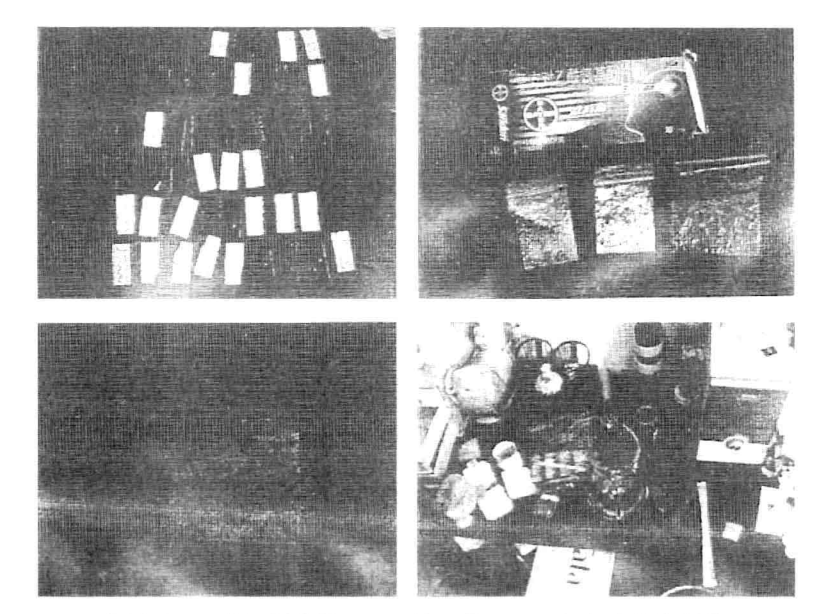


图 2-2-2 从西泰林路×××弄×号×××室内查获的毒品

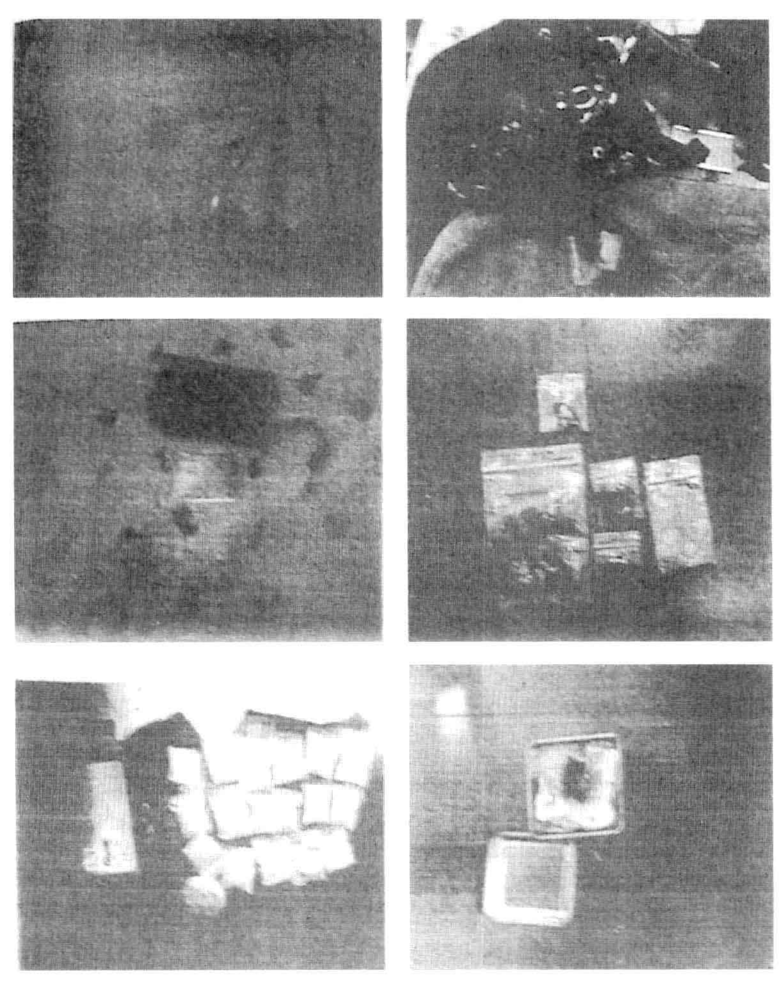


图 2-2-3　从西泰林路×××弄×号×××室内查获的毒品

笔者针对毒品照片的证据意义发表了以下质询意见:(1) 毒品包装上无案号标记,无法确认是本案证物;(2) 证物旁边没有放置比例尺,证物的大小和质量不确定;(3) 这些毒品照片不是原始状态的照片,明显是经过摆放的证物照片,没有证据的证明效力;(4) 没有拍照人的签名,且未标记拍摄日期。证据的处理状况不符合证据的操作规范要求。

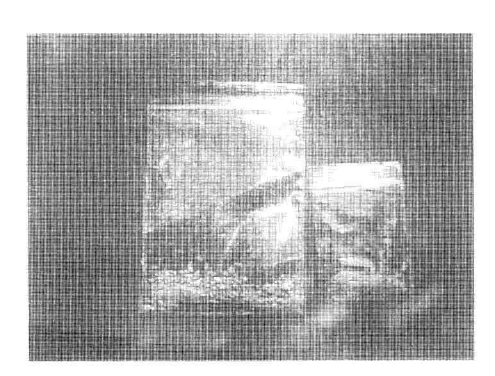
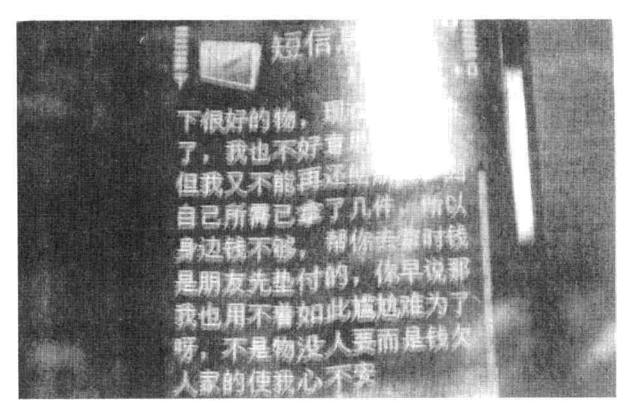


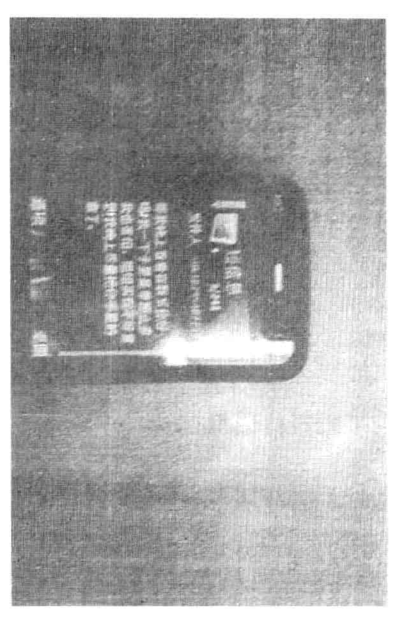
图 2-2-4 从应××家中查获的毒品

2. 手机短信证据照片



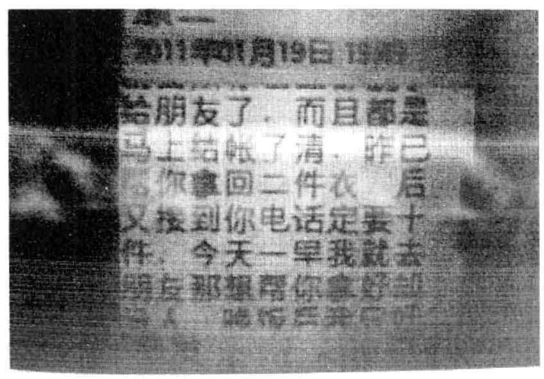




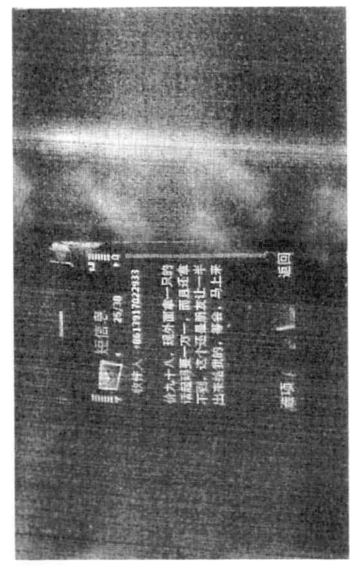



短信息

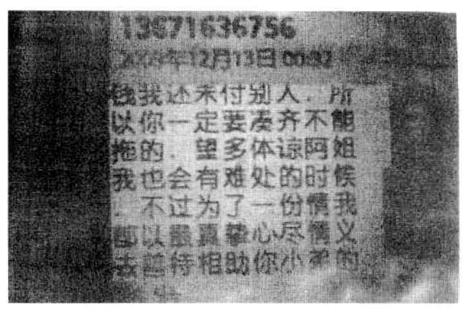

康二
2011年01月19日 19:49
你整天闭着眼做梦撞
头呀！一会儿盯着后
面催急要，一会儿又
拖延不能确定，你真
的把我当傻瓜，我早
就告知你已全部脱手
给朋友了，而且都是


康二
给朋友了，而且都是
马上结帐了清，昨已
你拿回二件衣，后
又接到你电话定要十
件，今天一早我就去


短信息
27/38
收件人 +8613917022933
选项
返回




短信息
28/38
收件人 +8613917022933
选项
返回



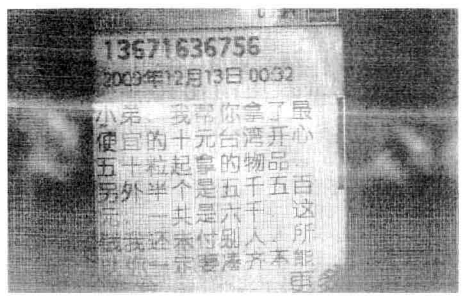


图 2-2-5　手机短信证据

笔者关于上述手机短信照片的质询如下：(1) 短信照片没有标注案件号、拍摄日期，无拍摄人签名；(2) 没有机主对短信内容的确认相佐证，导致短信内容证明贩卖毒品行为存在的关联性的证据链断裂；(3) 短信的收发人信息有些没有详细的号码(如"康二")及号码所属人的相关证据，使得证据链发生断裂。

3. 关于对署期"2010 年 10 月 17 日"的"案发及抓捕经过"的质询

这份文件是在第一次审判之后，经由检察院要求，由侦查机关补充的，用作证据不足的补强。其主要内容为：由技术侦查部门掌握了三名被告人贩毒的线索，通过监控夏××和应××的四川行踪，在返回上海住所处时，将三名被告抓获。至于究竟掌握了哪些情报，文件并没有详细记载。

笔者对这份"证据"的质询意见如下：这份文书是侦查工作的内部记录，不是呈交法庭质询的证据。该内部工作记录中记载的技侦部门掌握的犯罪情报并没有详细内容，也没有转化为外部证据。例如，能够证实并证明应××联系四川卖家购买毒品的重要犯罪情节仍然没有通信记录予以证明。辩护人认为该内部工作记录只是证明了侦查抓捕的经过，并没有解决本案中的证据问题，也不能替代本案的证据。另外，工作记录的签署日

期为“2010 年 10 月 17 日”，内容记载的是 2011 年 1 月初的情况。因此，笔者对其真实性表示怀疑，同时对侦查工作的认真负责态度表示怀疑。

4. 对证据“搜查笔录”的质询

“搜查笔录”的内容：

第 1 页 共 2 页

搜 查 笔 录

时间 2011 年 01 月 25 日 14 时 15 分至 2011 年 01 月 25 日 14 时 35 分

上海市浦东公安分局 侦查人员 [illegible]

根据 2011 年 1 月 25 日 上海市公安局浦东分局 签发的

搜查证 沪公浦搜字[2011]第1003号，在 [illegible] 的见证下，对

上海市浦东新区西泰林路850弄4号202室及沪BA0222黑色桑塔纳2000型轿车 进行搜查。

搜查的简要情况 2011年1月25日我队在浦东新区西泰林路850弄4号202室内抓获涉嫌毒品犯罪的卢红，为进一步查明案情，我队依法对该室进行搜查。侦查员在该室的南卧室里的电视机柜台面上查获一包白色晶体和一包白色粉末，均用透明塑料袋包装；在电视机机柜的一个白色收纳盒内查获一包用透明塑料袋包装的白色晶体和两包白色粉末，在电视机柜上的一个抽屉盒子内查获一粒用透明塑料袋包装的绿色药片；从一紫色花纹包内的一个黑色手机袋内查获查获一包用透明塑料袋包装的白色晶体，从该紫色花纹包内的一只红色手机袋内查获三包用透明塑料袋包装的白色晶体，从该紫色花纹包内查获三包黑色药片，一包红色药片和一包红色粉末，均用透明塑料袋包装；[illegible]卢红身份证一张；从该卧室沙发边上的一个红色[illegible]一[illegible]包用透明塑料袋包装的白色粉末[illegible]

[illegible]

第 2 页 共 2 页

一部是诺基亚N81手机，另一部是TIM翻盖手机；从该202室客厅餐桌上查获了该室的一串钥匙和桑塔纳2000型汽车钥匙一把。

随后，我队侦查员立即对停放于浦东新区西泰林路850弄4号楼下门口的沪BA0222黑色桑塔纳2000型轿车进行搜查，在该车的后座地板上查获一月饼盒，在该盒内查获粉红色粉状物2包，白色晶体6包，均用塑料袋包装。

至此，搜查结束。

侦查人员：（签名）

被搜查人或其家属：（签名） 2011.1.21

见证人：（签名）

记录人：（签名）

图 2-2-6　搜查笔录

质询意见如下：(1) 物证的状况描述不清，比如仅仅描述了在某个地方发现几包白色晶体、发现多少片黑色药片等，对包装的塑料袋的大小和药片的大小没有描述；(2) 搜查笔录没有随附证物原始状态的照片或者搜查录像。

5. 关于审讯笔录的质询意见

(1) 没有提交审讯录像，无法判断犯罪嫌疑人的供述是否被恰当记录，是否存在威逼、利诱、胁迫或者其他的不当讯问。

(2) 笔录中记载的明显不是犯罪嫌疑人的原始语言形式，审讯笔录的真实性值得怀疑。比如，卢×的笔录中有类似“我正准备‘溜冰’的时候，民警进来了，查获大量毒品和吸毒工具”这样的言语形式，“查获大量毒品和吸毒工具”更像是警察的言语。显然，这种记录审讯笔录的语言是失真的笔录形式。

6. 关于“毒品检验报告”的质询

笔者在开庭前阅卷时没有看到毒品检验报告，在法庭审理中方才见

到,对其质证有点匆忙,经事后回忆,认为该证据存在以下问题:

(1) 检验报告对证物的描述不清楚,比如描述检材的来源只用了一句话:“送检夏××的792.81克淡黄色晶体(湿)”。检验报告应当详细描述所检验的证物的交接、包装及标识,另外应当有证物的附随照片。

(2) 检验报告对证物的存在地点、证物检验的取用情况、甲基苯丙胺的成分含量的测试方法及所采用的检测仪器没有描述,也没有随附分析测试的图表。

(3) 检验报告没有分析数据的分析过程描述。

该证据不符合基本的检验操作规范要求。

此外,上海市公安局缉毒处出具的“收缴毒品专用收据证明”在证据上也有问题,上面只是表述“上述毒品均已被依法收缴”,没有说明收缴的毒品的存放归属。

二、全案证据的质询

全案证据的质询意见均在笔者的“辩护词”中给予了表达,详细内容如下:

辩护词

审判长、审判员、陪审员:

我受上海市司法局法律援助中心指派,为本案的被告人应××辩护。经对本案的所有证据进行研究,分析法庭调查所获得的信息,发表辩护意见如下:

一、被告人夏××供认应××有罪的言辞证据的真实性未被证实

夏××为应××购买飞机票等开销行为有多个动机可能:(1) 同为与毒品有牵连的圈内之人,以同行的应××作掩护;(2) 应××刚出狱,经济困难,出于恻隐之心;(3) 担心犯罪行为被应××发现,为自己的犯罪行为封口;(4) 根据夏××、卢×、应××的共同说法,夏、应两人并不熟悉。夏为应的开销行为也可能是为刚交往的朋友发展今后的友谊所作的投资,等等。这个开销行为动机的解释有多个可能。应××曾因容留他人吸毒被刑事处分过,对毒品犯罪并不陌生,为了一点差旅费铤而走险的行为不具备合理性。

夏××供认应××犯罪也有多个动机可能:(1) 减轻自己的罪过;(2) 也许不愿意供出毒品卖家而推诿;(3) 也许对毒品卖家的信息不清楚,供认应××是为了应对警方的讯问;(4) 也许怀疑应××向警方告密,拉应下水;(5) 也许为自己的投入付诸东流内心不平衡,等等。供认应××为同伙的动机无法确认,所以其供认的真实性也无法确认。

广元之行令人迷惑不解,究竟是在成都买卖毒品,还是在广元买卖毒品?

二、用于证明应××犯罪的证据对于证明犯罪事实没有形成证据链

用于证明应××犯罪嫌疑的物证有两个,即与夏同行的飞机票等票证和卢×手机上的名为"康二"的短信。这两个物证在证据形式上存在问题,票证未见随案移送,"康二"是不是应××也没有被证实。这个证明应××犯罪的证据不但在真实性、关联性上存在问题,证据在证明上的指向有多个方向,所以无法形成证据链。且与应××在此期间与贩毒有关的通信联络的证据也没有。

三、夏××供认应××为犯罪团伙系孤证

除了夏××供述应为犯罪同伙,没有应××在犯罪期间的外界通信联络记录,这是不正常现象。这个可以反证应××没有参与犯罪行为。根据疑罪从无的审判原则,也不应当认定应××有罪。

四、本案不能排除特情引诱的嫌疑

根据被告人被抓获的情况,辩护人认为不能排除有特情引诱的情况存在,应当从轻判处。

五、本案没有造成严重后果

本案的贩毒行为没有造成毒品传播的后果,属于从轻情节。

六、本案的证据不符合证据处理工作的操作规范

(1) 证据的搜查录像、搜查的现场照片未见随案移送;

(2) 证据照片没有放置比例尺;

(3) 证据照片没有案号、拍摄人、拍摄时间等标记;

(4) 毒品证据照片最关键的毒品质量没有标明;

(5) 毒品的搜查记录未见各处毒品的质量情况记录,证据的证明情况混乱。

以上证据情况表明证据的合法性来源难以确认,由于未标记案号,所以无法与其他的毒品案件的证据相区分。以上证据无法表明与本案有关,

证据的关联属性无法证实。以上证据的核心内容,毒品的质量没有标记,其真实性也无法确认。综上,本案物证证据的三个基本属性均无法确认。

最后,辩护人要说的是,本人从事过检察工作,做过五年的公诉人,做过现场法医,研究证据二十年,从事物证检验和刑事司法大学教育工作十三年,研究过诸多的刑事案例,对刑事司法工作由衷地热爱,对从事刑事司法工作的警察、检察官和法官万分崇敬和理解。毒品犯罪的手段越来越复杂,刑事司法工作者的工作难度也越来越大。但是,本案的证据确实存在太多的问题。另外,应××从未承认过自己有贩卖、运输毒品的行为,不是那种原本承认、当庭翻供的情况。

我的发言完了,恳请法庭对以上辩护意见予以考虑。

三、审判制度导致质询不能产生应有效果

现实的法庭审判制度使得被告人的自由辩护受到了最大限度的制约。因为现实的审判制度对案件的最终认定标准是"以事实为根据,以法律为准绳"与"事实清楚,证据确实、充分"。这两个规则中,前一规则没有显示证据的因素,或者可以说是把"证据"归入"事实"的范围,作为事实的组成部分。但是,证据没有被明确列在审判原则内,显然是对证据的忽视,还会在实践中带来轻视证据的后果。后一规则虽然将"证据确实、充分"写入了审判原则,但是放在"事实清楚"之后,表面的法律含义仍然是以认定案件事实为首要依据,事实的作用大于证据的作用。事实的取得途径主要是被告人的口供,所以案件审判不能容忍被告人先供认后翻供。这同时也导致另一个后果,如果没有认罪的口供,但证据确实不容置疑,法院审判不但不会因不认罪而从重处罚,反而会因缺少事实依据而从轻处罚。如果一个法官是尊重法律且有法律信念的,这无疑会在其内心形成矛盾。

1. 庭审中被告人否认犯罪的风险

事实的取得途径主要是被告人的口供,由于法院审判的第一要义是事实清楚,所以被告人如果当庭否认犯罪,通常会让以事实为依据的审判原则受到影响。在这种情况下,法庭通常会以重判的结果引导被告人在审判中不要改变以前的认罪口供。虽然这个审判规则不是法律明文规定的,也不是每个案件当庭翻供必然重判,但是作为刑事代理律师明显能够感受到这个审判规则在起作用。当庭翻供的案件如果没有从重判决,往往说明证

据上真的存在较大的问题。这个没有法律明文支持，但是有刑事审判政策“坦白从宽，抗拒从严”为依据的审判规则，也应该成为促使证据制度向良性方向发展的原因。只有认罪的被告人在服刑中才能端正态度，接受矫正。无论犯罪嫌疑人是否承认或者坦白罪行，证据工作都必须发挥极致的作用。在实践中，有的律师为了达到辩护的效果，与被告人达成合意，被告人承认有罪，认罪态度良好，辩护人极力主张无罪、罪轻的辩护。这种状况只能在某种程度上获得轻判的效果，但对于律师与被告人的良好配合却是极为不利的。重事实、轻证据的审判实质上是制约证据制度向良性方向发展的重要因素。

2. 法庭审判更加重视犯罪事实的审判依据

本案第一被告人贩毒回来当场被抓，这个事实是令人信服的。虽然在证据上有诸多问题，但是如果法官认为再多的证据问题也不能抹杀犯罪事实的存在，这种重视犯罪事实的审判模式必然导致轻视证据的结果。审判结果对侦查的引导作用必然导致侦查机关在证据处理上处于随意的状态，不认真考虑如何改善证据工作，也不会考虑以证据链的完整性为工作目标。这是一个不规范的法律运行路径。重视犯罪事实的结果导致案件调查工作永远不会以更加重视证据为重心。

3. 关于法官的自由裁量空间

在经济发达地区，如上海、北京、广州，侦查人员通常不太会使用暴力方式，通过刑讯逼供的手段逼取口供，且物证技术手段相对发达。所以，会有一些案件只有证据，没有认罪的口供。这类案件依然获得了有罪判决。这虽然相对于坦白的案件刑罚较轻，但至少算是司法上的很大进步了。刑罚的目的在于预防犯罪，不认罪就不能确保今后守法的效果。因此，对有罪证而没有认罪口供的被告人应当从重判处，而不应当是现实存在的从轻判处的状况。虽然有法律规定有供无证不能认定有罪，但现实状况表明，这其实是一纸空文。因为一旦得到了口供，侦查人员通常不会凑不出证据。在侦查中拼凑证据是普遍现象，不管这些证据是否属于合法的、真实的和关联的，也不管这些证据的链条是否完整。证据中存在的问题靠口供加强，存在问题的“证据”反过来证明口供的真实性。这个逻辑循环怪圈大量存在于法院档案室里形形色色的案件中。现实中的混乱，使得法官的自由裁量没有保障。即使向法官提供充分的自由裁量空间，有可能也只是开放了徇私裁判的更大口子。法官的自由裁量权是需要谨慎对待的问题。

4. 有效辩护的实现体现在对证据的充分把握上

现实的审判制度制约了充分质询的可能性,辩护人如果能够在法庭上寻找各种证据问题,仍然可以获得一些辩护效果。在本案中,由于笔者在法庭上陈述了太多的证据方面的问题,导致公开审判时观众席上的听众普遍认为本案没有证据。所以,笔者代理的这起毒品案件在第一次开庭之后,公诉人要求侦查机关补充证据。控方也是充分考虑到第一被告夏××贩毒回来当场被抓的犯罪事实是确切的,没有人能够否认。但是,携带毒品当场被抓的情节没有证据佐证,因为抓捕的经过没有录像,也没有赃物在身的照片,只有第一被告在供述笔录中的承认言辞。第一次开庭时,能够说明抓捕情况的"案发及抓捕经过"这个内部工作记录没有转化为外部证据,所以在庭审中公诉人就没有将其作为证据质询。这个内部工作记录在卷宗里已经有两份。在公诉人要求侦查机关补充证据时,不知道是出于补充质询该内部工作记录的目的,还是无法出具新的证据,为了强调当场抓获身上带有毒品的第一被告人的事实,侦查机关再次补充了一份"案发及抓捕经过"。第二次开庭仅仅是针对这份内部工作记录进行质询,以示犯罪事实不容否定。虽然笔者强调该内部工作记录中记载的用于证明发现三名被告人实施贩毒行为的通信信息没有转化为外部证据,但质询完毕后法院当庭宣判罪行成立。尽管如此,法院最终还是考虑到笔者的辩护意见,在量刑上把本应判处死刑的这个案件作了从轻判处,判处第一被告无期徒刑,另外两名被告被判处15年有期徒刑。在现实的审判制度下,虽然这已经算是最好的辩护效果了,但是以证据制度完善为基础的审判制度的公平正义的道路还很长。

关于"案发及抓捕经过"这份文书,笔者认为它在形式上可以转变为更为可信的外部证据。那就是使用警官证明的形式,由实施抓捕的警察作证,证明如何获得贩毒情报,并于某日在何处如何抓捕,抓捕中如何发现并提取赃物,赃物如何运送并储存何处等。必要时,警察可以上庭接受质询。

第三节　审判中对事实和证据的认定

判决书是对整个案件的概括和最终的结论,包括对整个案件事实和证据的认定、判决的依据和结果。整个判决表明了法官个人或者集体的认识和观点,表明了法律在本案中的适用情况。

一、判决书的内容组成

判决书是案件终结的法律文书，是全案情况的总结和法院审理的最后结论，也是所有案件参与人最关心的结果。在判决书中，直接的利害关系人是被告人，被告人可以知道法院对自己的行为的认定和面临的刑期确认问题。侦查机关和公诉人可以从判决书中衡量自己的工作成效，明确在法庭上被认可或者被否定的证据工作内容，从而在今后的工作中作出调整以适应审判的需要。辩护律师可以从事实和证据的认定中推测自己的辩护效果，调整今后的辩护方法和内容，并积累辩护经验。所以，判决书的法律含义并非限于本案这么简单，意义要深远得多。

夏××、卢×、应××贩卖、运输毒品案于2011年10月24日再次审判之后当庭宣判。判决书的内容如下：

刑事审判书

(2011)沪一中刑初字第164号

公诉机关上海市人民检察院第一分院。

被告人夏××，男，1964年3月1日出生于上海市，汉族，初中文化，无业，户籍所在地本市黄浦区西林横路××弄×号，暂住本市浦东新区三林镇西泰林路×××弄×号202室；因涉嫌犯运输毒品罪，于2011年1月26日被刑事拘留，同年3月2日被逮捕；现羁押于上海市浦东新区看守所。

辩护人王××，上海市××律师事务所律师。

被告人卢×，女，1965年12月6日出生于上海市，汉族，高中文化，无业，户籍所在地本市黄浦区青龙桥后街××弄×号，暂住本市浦东新区三林镇西泰林路×××弄×号202室；因涉嫌犯运输毒品罪，于2011年1月26日被刑事拘留，同年3月2日被逮捕；现羁押于上海市浦东新区看守所。

辩护人林×、孔××，上海××律师事务所律师。

被告人应××，男，1962年12月26日出生于上海市，汉族，初中文化程度，无业，户籍所在地本市黄浦区北施家弄××号，暂住本市宝山区三泉路××××弄××号901室；曾因犯流氓罪、贩运伪造的国家货币罪分别于1987年、1995年被原上海市南市区人民法院、上海市闸北区人民法院判处有期徒刑十二年、十五年，2004年3月8日刑满释放；又因犯容留他人吸毒罪于2010年月被上海市宝山区人民法院判处拘役六个月，2010年9月

11日刑满释放;因涉嫌犯运输毒品罪,于2011年1月26日被刑事拘留,同年3月22日被逮捕;先羁押于浦东新区看守所。

指定辩护人王××,上海市××律师事务所律师。

上海市人民检察院第一分院以沪检一分刑诉【2011】148号起诉书指控被告人夏××、卢×、应××犯贩卖、运输毒品罪,于2011年9月19日向本院提起公诉。本院受理后,依法组成合议庭,于2011年10月9日、10月24日公开开庭进行了审理。上海市人民检察院第一分院指派代理检查员张××出庭支持公诉。被告人夏××及其辩护人王××、被告人卢×及其辩护人林×、孔××、被告人应××及其本院通过上海市法律援助中心为其指定的辩护人王××均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

上海市人民检察院第一分院指控:2011年1月下旬,被告人夏××、卢×以贩卖毒品为目的,经与被告人应××共谋,由应联系毒品卖家,夏、应于22日晚乘飞机前往四川成都,并以23万8千元购入1千余克毒品甲基苯丙胺,随即搭乘长途汽车返回上海。1月25日下午2时许,夏携带上述毒品至上海市三林镇西泰林路×××弄口处被民警抓获,当时查获毒品甲基苯丙胺1000.99克(其中191.39克含量为74.76%,729.81克含量为73.89%)。嗣后,民警在该小区4号202室内抓获被告人卢×,从室内查获毒品甲基苯丙胺22.4克、咖啡因906.27克、肖西泮76.8克、地西泮0.17克、电子秤3只、汽车钥匙等。民警遂用汽车钥匙打开停放在小区内的黑色2000型桑塔纳轿车(车牌号为沪BA0222),查获甲基苯丙胺161.58克(含量为90.06%)、咖啡因19.82克。

当日下午5时30分许,民警在上海市三泉路××××弄××号901室抓获应××,查获毒品甲基苯丙胺0.88克。

为了证实上述指控的事实,公诉人当庭宣读并出示了证人赵×、谢××、郑××等人的证言;查获的毒品等物的照片、广元超长客运中心接待点收费单据等物证、书证;《毒品检验报告》以及被告人夏××、卢×、应××的供述等证据。公诉机关据此认为,被告人夏××、卢×、应××为了贩卖而购买、运输毒品,其行为均触犯了《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第四百四十一条第二款第(一)项之规定,应以贩卖、运输毒品罪追究刑事责任,提请法院法审判。

被告人夏××对起诉指控的事实无异议,但辩称其并非出于贩卖的目的而购入毒品。其辩护人提出现有证据尚不足以证明夏××购入毒品系

用来贩卖，故对夏宜认定为运输毒品罪，请求对夏从轻处罚。

被告人卢×对起诉指控的事实及罪名均予否认。其辩护人提出本案认定卢×贩卖、运输毒品罪的事实不清、证据不足，卢×在本案中应对其随身查获的少量冰毒等承担非法持有毒品罪的刑事责任，请求法庭公正判决。

被告人应××对起诉指控的事实及罪名均予否认。其辩护人提出本案认定应××贩卖、运输毒品罪的事实不清、证据不足。

经审理查明：2011 年 1 月下旬，被告人夏××、卢×以贩卖毒品为目的，经与被告人应××共谋，由应联系毒品卖家，夏、应于 22 日晚乘飞机前往四川成都，并以人民币 23 万 8 千元购入 1 千余克毒品甲基苯丙胺，随即搭乘长途汽车返回上海。1 月 25 日下午 2 时许，夏××携带上述毒品至上海市三林镇西泰林路 850 弄小区门口处时被民警抓获，当场被查获毒品甲基苯丙胺 1000.99 克。嗣后，民警在该小区×号×××室内抓获被告人卢×，从室内查获毒品甲基苯丙胺 22.4 克、咖啡因 906.27 克、肖西泮 76.08 克、地西泮 0.17 克、电子秤 3 只、汽车钥匙等。民警后用查获的汽车钥匙打开停放在小区内的车牌号为沪 BA0222 的黑色轿车，查获甲基苯丙胺 161.58 克、咖啡因 19.82 克。

当日下午 5 时 30 分许，民警在上海市三泉路 1859 弄××号×××室抓获应××，查获毒品甲基苯丙胺 0.88 克。

上述事实，由公诉机关提交并经法庭质证，本案确认的下列证据予以证实：

1. 上海市公安局浦东公安分局出具的《案发及抓获经过》《扣押物品、文件清单》及相关照片等证明：警方根据侦查掌握的线索得知夏××、卢×、应××在本市有重大贩毒嫌疑，且夏、卢两人又通过应××从四川联系上家购得大量毒品后即将回沪，遂在本市西泰林路 850 弄小区门口实施布控，后于 2011 年 1 月 25 日 14 时许在小区门口抓获被告人夏××，并当场从夏随身物品中查获可疑晶体重约 1 公斤及粉红色药片 1 包等物。警方随即又在夏位于该小区的暂住处×号×××室内抓获被告人卢×，并在该室内以及夏××停放在小区的轿车内查获大量白色粉末、可疑晶体、药片等物。后警方又根据侦查线索，于当日 17 时 30 分许在本市三泉路 1859 弄××号×××室内将被告人应××抓获，并当场查获可疑晶体和灰褐色粉末各 1 包。

2. 上海市公安局浦东公安分局出具的《搜查证》《搜查笔录》《扣押物品、文件清单》及相关照片等证明:(1) 警方经对被告人夏××、卢×暂住的本市浦东新区西泰林路850弄×号×××室搜查,并查获白色晶体6包、白色粉末21包、橙色药片498粒、红色药片1包、黑色药片3包、绿色药片1粒、红色粉末1包、绿色植株1包。此外,警方还查获现金人民币18万元、3只电子秤、4只自制的用以吸食毒品的"冰壶"、一部N81手机、一部TIM翻盖手机以及放置于客厅餐桌上的汽车钥匙一把等物。(2) 根据前述查获的汽车钥匙,警方即对停放于该小区内的牌号为沪BA0222黑色桑塔纳2000型轿车进行搜查,并从该车后座地板上的一只月饼盒内查获白色晶体6包、粉红色粉状物2包。

3. 上海市毒品检验中心出具的《检验报告》证明:(1) 送检夏××的792.81克淡黄色晶体(湿)、夏××的191.39克淡黄色晶体(湿)、夏××的161.58克白色晶体、夏××的15.43克淡黄色晶体、夏××的1.36克粉红色圆形药片、卢×的20.61克白色晶体、卢×的1.17克白色粉末、卢×的0.62克红色粉末、应××的0.51克白色粉末晶体、应××的0.37克灰褐色粉末中均检出甲基苯丙胺成分。其中,夏××的792.81克淡黄色晶体(湿)、夏××的191.39克淡黄色晶体(湿)、夏××的161.58克白色晶体的甲基苯丙胺含量分别为73.89%、74.76%、80、06%。(2) 夏××的19.82克粉红色粉末和卢×的906.27克白色粉末中均检出咖啡因成分;卢×的0.17克绿色圆形药片中检出地西泮成分;卢×的2.06克绿色植株中检出大麻成分;卢×的76.80克橙色圆形药片中检出肖西泮成分。

4. 上海市公安局缉毒处出具的《收缴毒品专用收据》证明,上述毒品均已被依法收缴。

5. 被告人卢×被查获的两部手机中短信的照片,其间有大量的涉及毒品交易的内容。

6. 浦东新区南汇中心医院出具的尿检化验单证明,被告人卢×、应××的尿液检测呈冰毒阳性反应。

7. 证人赵×(系夏××、卢×的房东)的证言证明,停放在小区内的沪BA0222黑色轿车系被告夏××所有。

8. 被告人夏××在侦查阶段供称:被告人卢×系其女友,大约在一年前,他出面租了本市西泰林路×××弄×号202房间并与卢×及卢×的儿子共同居住。被告人应××是卢×以前的邻居,也是他的朋友。他和卢×

都是吸毒人员，暂住处还藏有冰毒20余克及一些其他种类的毒品，都是放在卧室由卢×保管的。2011年1月22日前的数日，应××表示可以联系到四川的上家，他就从卢×处拿了26万现金，然后和应一起搭乘飞机前往成都，卢也是知道他和应一起去成都的。后经应××联系，他于23日晚上从一个四川人手中以人民币23.8万元购得两袋冰毒，重约1公斤，交易时应××也在场。购得毒品，他与应××从四川广元乘坐长途汽车返回并在进入上海后分头回家，后他在暂住处的小区门口被警察抓获并当场被查获此次赴四川购得的冰毒、他与应××回沪的长途汽车票以及部分零星毒品等物。他购买上述毒品系用于贩卖。

从被告人夏××身上查获的长途汽车票载明：广元—上海，人数2人，金额人民币300元。

9. 被告人应××在侦查阶段供称：他与夏××于2011年1月22日乘飞机前往成都，所有的来回路费都是由夏开销的。他和夏于1月24日从广元县乘长途汽车返回，并于1月25日中午左右回到上海。他与夏分开后直接回到位于本市三泉路1859弄××号×××室的暂住处，后被民警抓获，且当场被查获随身的两小包冰毒。上海市宝山区人民法院(2010)宝刑初字第629号刑事判决书证明了被告人应××的前科情况。庭审中，三名被告人对被查获的毒品照片及各自所有的手机均辨认无疑。

本院认为，被告人夏××、卢×为贩卖而购买毒品，并由夏××实施了购毒并运输回沪的行为，两人的行为均构成贩卖、运输毒品罪。被告人应××明知夏、卢两人在沪从事贩毒行为，仍为夏联系毒品上家，且与夏赴四川购得大量冰毒后共同带回本市，其行为亦构成贩卖、运输毒品罪。被告人夏××、卢×、应××贩卖、运输毒品的数量大，依法均应处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。公诉机关起诉的罪名成立。被告人夏××辩称没有贩卖毒品的主观故意及其辩护人提出宜认定为运输毒品罪的辩护意见，被告人卢×、应××均辩称没有涉案，以及卢、应的辩护人提出本案证据不足的辩护意见，均与查明的事实和证据相悖，本院不予采纳。

综上所述，为维护社会治安秩序，严惩毒品犯罪，保障公民身心健康，根据三名被告人犯罪的事实、性质、情节、对于社会的危害程度以及到案后的认罪悔罪态度等，依照《刑法》第三百四十七条第一款、第二款第(一)项、第三百五十七条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第三款、第五十六条第一款、第五十七条第一款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人夏××犯贩卖、运输毒品罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;

(刑期从判决确定之日起算。)

二、被告人卢×犯贩卖、运输毒品罪,判处有期徒刑十五年,剥夺政治权利四年,并处没收财产人民币三万元;

(刑期从判决执行之日起计算,判决执行前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日。即自2011年1月25日起,至2026年1月24日止。)

三、被告人应××犯贩卖、运输毒品罪,判处有期徒刑十五年,剥夺政治权利四年,并处没收财产人民币三万元;

(刑期从判决执行之日起计算,判决执行前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日。即自2011年1月25日起,至2026年1月24日止。)

四、查获的毒品等物予以没收。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或者直接向上海市高级人民法院提出上诉。书面上诉的,应当提交上诉状正本一份,副本一份。

审 判 长　　吴 ×
代理审判员　　章××
人民陪审员　　耿××
二〇一一年十月二十四日
书 记 员　　赵 ×

附:相关的法律条文

1.《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第一款、第二款第(一)项、第三款

走私、贩卖、运输、制造毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚。

走私、贩卖、运输、制造毒品,有下列情形之一的,处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处没收财产:

(一)走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的;

……

走私、贩卖、运输、制造鸦片两百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。

……

2.《中华人民共和国刑法》第三百五十七条第一款

本法所称的毒品，是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

……

3.《中华人民共和国刑法》第六十七条第三款

……

犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

4.《中华人民共和国刑法》第五十六条第一款

……对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。

……

5.《中华人民共和国刑法》第五十七条第一款

对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。

……

6.《中华人民共和国刑法》的六十四条

犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财务，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。

二、判决书中隐含的法律意义

在判决书的个人基本情况部分，表明了夏××和卢×系无业人员，应××系有多次前科的无业人员且有涉毒的前科。这类人群无收入来源，纠集在一起吸毒，需要金钱支撑吸食毒品的来源，容易实施毒品买卖的犯罪行为。因此，被告人的基本信息可以传达很多内在的含义，是必不可少的

部分。

公诉机关的起诉情况和法庭人员的组成情况，印证了法律程序的完整性。

公诉机关的指控内容部分记载了以下内容：三名被告买卖、运输毒品的经过，毒品的查获情况，以及三名被告被抓捕的经过。为证实指控内容，公诉机关出示了证人赵××、谢××、郑××等人的证言，毒品等物证的照片，旅行票证，收缴毒品及毒品检验报告等书证，三名被告的供述等证据。

三名被告及其辩护人对指控的应对情况为：被告人夏××及其辩护人对起诉指控的事实认可，对为贩毒而购毒的事实认定予以否认。卢×对指控的事实和罪名均否认，其辩护人认为指控的事实和罪名事实不清、证据不足，卢×的行为应当属于非法持有毒品。应××对指控的事实和罪名均否认，其辩护人认为事实不清、证据不足。判决书的这项内容对于被告方的辩护意见的描述太过简单，其实是轻视被告人辩解的现象。在庭审中，被告人及辩护人对证据的质询和辩护意见原本极为丰富，但在判决书中却没有显示。虽然判决结果没有适用死刑判决，显示辩护意见已经被法院采信，但是在判决书中却找不到轻判的依据。这种情况对于公平正义的审判应该是一种缺憾，同时也是控辩双方权利义务悬殊、不对等的表现。被告方希望自己对指控的意见和建议被写入判决书，使判决书能够显示公平正义，并且能够充分表达自己的意见。针对被告的行为所作的宣判，社会大众对具体案件的了解途径往往只是判决书，而不是卷宗。同时，如果判决书不写入被告方的意见，容易使人产生诸如法院审判无视被告方的权利、否定辩护律师的工作的社会观念。这对于审判制度的良性发展和建立审判的公信力极其不利。

法院的审查查明部分记载了法院对犯罪事实和证据的认定。认定的犯罪事实与控方的认定没有区别。认定犯罪事实经过的证据依据是上海市公安局浦东公安分局出具的“案发及抓获经过”“扣押物品、文件清单”及相关照片等。可见，法官最重视的是这份“案发及抓获经过”的内部工作记录，是从法理的逻辑上没有办法合理解释的证据认定状况。因为内部工作记录并不属于客观的证据，是侦查人员记录内部工作用的，没有对外的公信力，其真实性和公正性无法避免主观故意上的影响。“案发及抓获经过”“搜查笔录”、上海市毒品检验中心出具的“检验报告”和夏××供述的内容在判决书中几乎被全文引用，外加另外七项证据的简单描述。在证

据质询中，笔者提出三份证人证言与本案无关，涉嫌拼凑证据数量。因此，法院只认定了证人夏××的证词，证明桑塔纳轿车的归属，另外两份证人证言予以舍弃不提。判决书上长篇的证据表述对应辩护方关于证据的意见和疑问，仅仅表述为："被告人夏××辩称没有贩卖毒品的主观故意及其辩护人提出宜认定为运输毒品罪的辩护意见、被告人卢×、应××均辩称没有涉案以及卢、应的辩护人提出本案证据不足的辩护意见，均与查明的事实与证据相悖，本院不予采纳。"这显然是不适当的，给人感觉在案件审判上法院权利无限扩张，辩护方权利无限缩小。辩护方的意见表达几乎没有保障。

法院对刑期的判定及所依据的法律条文上，附加法律条文的依据相比以前也算是一项进步了。

三、判决书关于证据质询认定结果的法律指引意义

关于本案证据质询结果的认定，从判决书中可以看出，法庭对于控方所移交的证据，不管瑕疵多么严重，依然认定不误。虽然判决结果给予三名被告人非常轻的刑罚，但是审判中对证据的认定结果对于今后的控告与辩护都有不良的影响。检方及其所代表的警察系统将仍然按照现有的工作方式从事刑事案件证据工作，将在大量的刑事案件中提交充满瑕疵的证据。辩方及律师仍然在茫然中寻找公平与正义的出路。

虽然我国不是实行判例法制度的国家，但是在实践中往往表现出判例法的作用。先期的判决往往会影响后来案件的审判结果。希望法官在日常审判中能够更多地为司法的公平正义发展承担义务，不应当把公平正义的发展义务寄托在立法者的身上。因为承担立法责任的人往往不是专业的、对法律有深入研究的立法专家。立法程序启动的期限和程序是漫长的，在承担司法朝着公平正义方向发展的责任上所能够起到的作用并不能令民众满意。

第三章　符合法庭审判需要的证据操作规范

证据的操作过程必须符合证据的操作规范，才能确保证据没有问题，证据的真实性、合法性和关联性才能够有保障。由于司法实践中关于规范的证据操作规范一直空缺，所以笔者只能根据证据操作的科学、公正及合理等法理对这个问题进行研究。

第一节　取得犯罪嫌疑人供述的操作规范[①]

由于审讯与证据工作息息相关，审讯中涉及证据的使用，审讯是否取得良好的结果取决于审讯人员所掌握的证据。审讯本身虽然属于社会学和心理学的学科范畴，但是审讯的有效性仍然有自然规律可循。因此，笔者将其作为本书的补充性内容。虽然犯罪与国家管理制度有些关系，但毕竟犯罪是一种行为，体现了犯罪的心理。在这种层面上说，犯罪有脱离意识形态和管理制度的独特的自然规律现象，可以用行为学、心理学、自然科学加以解释。既然如此，针对犯罪的法律规定，不管国家的状况如何，都应当是一样的，否则在犯罪的打击和预防方面就会存在比较多的问题。

在实践中取得犯罪嫌疑人供述方面，无论是原则性规定，还是具体审讯的操作层面上的详细规定，均没有完整、科学、基于证据的公平正义要求的详尽规定。国外关于审讯的原则性规定主要表现在权利告知和自由陈述两个方面。权利告知表明了审讯者和被审讯者之间的公平以及审讯程序对公平的保障。自由陈述是指被审讯人不受任何强制力的影响，进行针对犯罪行为有无和犯罪经过的描述。关于审讯的具体操作能力问题，案件的调查人员从业之前，已经经过侦查与审讯的理论、实践操作以及证据技术等全面的培训。我国警察上岗前的培训往往是散乱而又不实用的：课程设置比较随意，不具备实用性，一般仅限于大学的法学类课程，有的警察学

---

① 本节多数内容选编自：James W. Osterburg, Richard H. Word, Criminal lestigation, Apanderson Publishing, 2004, pp. 285—312。

校会涉及体能训练。虽然有审讯、现场勘查方面等与案件调查有关的课程,但是无论从理论还是从实务看都不具有应有的实用性。新警员进入警察队伍开展工作时,主要靠的是上岗之后有工作经验的同事的带教。由于带教的同事同样缺乏理论指导,其带教效果无法保障,且因人而异,新警员的培养标准和效果均不统一,这样就很难保证警察队伍具有较高的办案水平。

一、审讯对象的范围

审讯在我国通常指讯问犯罪嫌疑人。在西方国家,审讯也指讯问与犯罪嫌疑人有密切关系的人,如配偶、父母、子女、同伙、朋友。虽然这些人可能不愿意泄露妨碍犯罪嫌疑人利益的信息,或者提供带有偏见的信息,但是仍然可以获取很多有用的信息。由于对讯问犯罪嫌疑人及与犯罪嫌疑人有密切关系的人所使用的审讯策略和技巧有诸多相同之处,故将其归为一类。需要注意的是,毕竟配偶、父母、子女、朋友不是犯罪嫌疑人,虽然他们对犯罪嫌疑人的犯罪行为有不同程度的了解,如有的对犯罪行为完全了解,有的对犯罪行为有察觉,比如感知行为异常、见到凶器、赃物等,但是他们毕竟不是犯罪嫌疑人,所以在审讯策略和技巧上有少许区别。

二、口供的重要性必须要改变

刑事审判中的"口供为王"有着悠久的历史,没有口供证明有罪就不能定罪。刑讯逼供拥有一套合法的程序。取得口供需要有强制措施支持,并按规定实施肉刑才可能获得,这是基于受审对象不愿意供述的前提。对口供的需求不是毫无道理的,"口供为王"的说法也不是没有根据的。口供的重要性源于三层含义:一是因为自证有罪。人们不会轻易地自证有罪,所以如果不存在特别的情况,口供应当是非常真实的;二是因为口供是对犯罪经过最真实、最详尽的描述,只有在嫌疑人真的就是罪犯的前提条件下才能实现;三是因为口供是印证其他证据、寻找未知证据的最好途径。过去对口供极为重视,还源于另外一个重要的原因,那就是证据技术的落后。除了口供,其他的证据无法依靠,因此没有口供就不能认定嫌疑人有罪。随着物证技术的逐渐发展和完善,口供的地位有所下降。因为没有口供,根据充足的证据及完整的证据链,仍然可以认定犯罪嫌疑人有罪。目前,我国的现实状况是物证技术并没有得到普遍的发展。在实践工作中,

口供经常处于首要的位置，鉴于仍然不能避免发生冤假错案，所以一定要在物证技术上有所发展。口供这个证据之王的地位必须要改变。口供对于案件即使非常需要，也一定要表现为自然的原始状态，不存在嫌疑人编造、歪曲的情况，只有这样才能实现其应有的证明作用，减少错案的发生。

三、审讯的目标和原理

审讯是审讯者与受审者之间的交流和对抗，表现为主观意识的活动，众多的心理变量可能存在多种组合情况。审讯者和受审者的心理状态都在根据审讯的进展和方向不断作出调整。因此，审讯的发生、发展受人为因素的影响，这个活动看起来有主观随意性：受审对象的心理变化复杂而又微妙，审讯的结果通常也不在意料之中，看起来似乎没有规律可循。但是，成功的审讯仍然表现出相似的特点和共同的规律，对这个规律的总结对于改善审讯效果和培训警察的审讯技巧具有重要意义。关于审讯的策略和方法，出现在各个版本的警察审讯手册中，这些审讯策略和方法的性质和效力，均是值得研究的问题。这些审讯策略和方法主要以大量的侦查实践经验为基础。很多人认为，大多数的嫌疑人不愿供述，必须对其施加压力，欺骗、说服、强制和操纵是必须的。如在职务犯罪的审讯中，审讯者隐瞒自己的身份，故意歪曲罪行的性质和严重程度。说服的方法建立在肉刑和变相肉刑的基础上，这些均有可能导致虚假的有罪供述。有的审讯手册建立在直觉和经验的基础上，有些审讯手册从心理学方面推荐审讯方法。

1. 审判规则调整侦查工作

从事刑事侦查工作的探员相信：审讯的唯一目的是获取对犯罪行为的供认，也可以称为“坦白”。造成这种现状有着悠久的历史，主要是由审判法则所决定的。长期以来，没有口供法庭就不能定罪。缺少口供或者口供在供认犯罪事实上的不足或相互矛盾，通常被认为案件审判中确认犯罪事实的不足，法庭不会宣布有罪，侦查人员也不会移交检察院提起公诉。这项审判规则有着长达上千年的历史，这种传统上的潜在影响今天仍然存在，并发挥着重要的作用。获取供认作为解决犯罪问题方法的重要性一直持续到今天。虽然现实的法庭科学从 17 世纪以来有了飞速的发展，尤其是刑事科学技术，对于重建犯罪过程的重要性已有充分认识。在美国，高

等法院对那些寻求供认的审判程序加以限制。在中国,随着证据技术的发展,以及与国际审判规则相适应,口供的重要性也在逐渐减弱。审判规则调整侦查行为,在任何一个国家,审判指导的目的都在于确保供认是可信的、自愿的,而不是被迫的。强迫得到的“坦白”可能是虚假的、不存在的内容,或者是隐瞒某些内容的供述,这不利于案件的犯罪经过再现。

(1) 英国关于供述的法律

《警察与刑事证据法案》(PACE)、配套的行为准则和证据排除规则中规定了嫌疑人在羁押审讯期间的合法权利。关于供述证据的可采性与可信性,法官规则规定有罪供述“应是自愿的,不是源于偏见和期望获得利益,由权威人员或强迫措施获得的供述”。PACE 列举了非常重要的会见程序及配套行为准则:

① 对涉嫌犯罪的人在接受审讯之前必须予以警告。警告的语言为:

> 你有权保持沉默。但是,有些情况如果你在讯问的时候不说而在审判时作为辩护的理由,这可能会导致对你不利。你所说的话可能被作为证据。(Home Office, 1995, p.50)

② 犯罪嫌疑人被警察局羁押之后,必须书面告知他们所拥有的合法权利:有权在任何时间要求提供法律建议,有权要求通知他人被羁押的信息,有权咨询行为准则。PACE 第 58 条规定,被羁押的犯罪嫌疑人有获得法律建议的绝对权利,有权随时请求咨询律师。

③ 在警方不指控的情况下,可以羁押犯罪嫌疑人 24 小时,经裁判官席前宣誓申请,最长不超过 96 小时。24 小时的期间内持续休息至少 8 小时,讯问过程中每两个小时至少休息 15 分钟。用餐至少持续 45 分钟。

④ 由于年龄和心理问题,可以由成年人陪同。

⑤ 所有会见必须录音,恐怖主义案件除外。

法官对待供述的可采性和可信性,取决于获得供述的方式是否合法,而不在于供述是否真实。[①] 这与中国的法官采信供述的审判规则显著不同。中国法官更多考虑口供是否真实,而不是口供的取得方式是否存在问题。[②]

---

① See R v. Paris, 97Cr. App. R. 99 at 103, CA.

② 参见〔英〕古德琼森:《审讯和供述心理学手册》,乐国安、李安等译,中国轻工业出版社 2007 年版,第 209—238 页。

（2）美国关于供述的法律

美国宪法有最低的保护被告人标准，第十四次修正案规定："不能违反法律的正当程序剥夺一个人的生命、自由和财产"；第五次修正案规定："任何一个人在任何的刑事案件中都不能被强迫使自己成为指证自己的证人"。第五次修正案是米兰达规定的基础。最高法院要求以"达到优势标准"判定被告供认的自愿性，关注供认是否属于自由理性选择的产物，而不是警察压制其意志的产物。警察不能有胁迫、强迫、使用诡计和其他不利于被告人的政府行为。法庭在裁定是否自愿时，要考虑审问时的整体环境，包括被告人的个性、特殊的心理和精神状况，审问条件和警察行为等综合因素。①

（3）中国关于供述的规定

新刑诉法第2条加入了"尊重与保障人权"。由于一些冤案接连暴露，国家已经认识到这个问题的严重性，所以意图通过保障人权的方式尽量避免由侵犯人权的方式所造成的冤案。第33条规定，"犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人"，"侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人"。作出这样的规定，意图在于增强犯罪嫌疑人对抗国家权力的力量，以防止权力滥用。但是，这些保障人权的法律性规定如何得到有效实施，尚需要在实践中逐渐完善。公民不愿看到这些法律条款变成没有实际效用、令人失望的空中楼阁。

2. 审讯的目的

审讯的目的是从可能隐瞒事实的嫌疑人那里探寻信息。这种审讯结果有两种可能：或者暴露犯罪信息或者获取的信息不利于案件侦查。虽然可能获取的是不利信息，但也是审讯的主要目标。因为这可以实现其他的目的，如为疑有犯罪的嫌疑人洗清罪名，获得共犯的名字和信息，了解犯罪事实或者围绕犯罪的事实和情况，引出诸如不知情、隐瞒动机、伪造不在场的证据等情况，追查物证的来源或者去处，寻找赃物的隐匿地，等等。

通过审讯，可以从嫌疑人那里获取认罪的信息，这种认罪的情况分为两种情况：坦白和承认。坦白是书面或者口头承认犯罪行为的供述，对犯

---

① 参见〔英〕古德琼森：《审讯和供述心理学手册》，乐国安、李安等译，中国轻工业出版社2007年版，第239—262页。

罪的行为过程有详尽的描述。承认是明示或暗示的行为指向嫌疑人本人与犯罪有关的陈述,但陈述本身不足以证明罪行。这通常是因为犯罪嫌疑人有某种顾虑或者侥幸心理,或者是应对审讯加以试探等。

3. 坦白的心理学规律

从犯罪嫌疑人那里取得坦白的口供是可能的,从事侦查审讯工作的人员对此深信不疑。但是,很多局外人通常认为犯罪嫌疑人不会坦白,如果不使用非法手段,没有人愿意坦白。面对有罪口供,犯罪嫌疑人为什么并不总是一直为自己辩护呢?他或者她为什么会完完全全坦白自己的犯罪行为,宣告自己有罪呢?尽管他或者她明白坦白的后果将是承担经济上和名誉上的巨大损失,但是仍然可以在没有刑讯逼供的条件下作出有罪供述。这是因为,人的心理活动是复杂的,并不是像想象的那么单一的,且有内在的活动规律。然而,关于犯罪嫌疑人为什么会坦白的研究并不多见。

坦白心理在实践案例中的表现比较复杂,每个受审对象都不一样,每个审讯案例也不一样,审讯的过程和结果容易受到审讯者和受审者诸如心情、情绪、时机等诸多因素的影响。审讯中稍纵即逝的机会使得审讯者往往更加相信机遇,认为获取坦白结果在某种程度上靠的是机遇。所以,从纷繁复杂的审讯工作实践经验中总结出确定性的规律,是一项艰难的研究工作。

霍洛维茨(Horowitz)在他的论文中提出一个像历史本身一样古老的问题:坦白到底是怎样发生的?他首先采取的是实验室的研究方法,讨论一些涉嫌在考试中作弊的行为,面对强有力的证据,作弊的学生是如何愿意承认他们的作弊行为的。在实验中,讯问者对他们没有明显的指责,没有严厉的表情,所有的人都简单直接地面对证据,即相邻试卷上的雷同答案;当问及是否对矛盾进行解释时,问话的方式是简单的、平和的、直接的。令人吃惊的是,所有的人都坦白了。当然,学生作弊的案例不能等同于刑事案件中的案例,学生作弊的实验性研究没有任何法律意义上的证明作用。审讯中的压力对犯罪嫌疑人有重大的作用。在对犯罪嫌疑人审讯时,罪行仅仅是一种推定。所有的坦白均未被施加过压力,压力基于自然状况确实存在。压力是心理上内在的,而不是基于被强加的外力导致的。

这个实验说明了证据的强大影响力,尤其是物证对人心理上的强大压力。证据上表现出来的难以解释的矛盾是建立在一个有罪的人内在的、自

发的、强大的心理压力上的。霍洛维茨认为,即使犯罪嫌疑人没有实施犯罪行为,也可以通过胁迫、酷刑、暴行及严重的、持续的心理压力而获取犯罪嫌疑人的有罪坦白。但是,他强调,如果嫌犯是有罪的,这些刑讯逼供的手段都是不必要的,除非是一些心理素质较好的人实施犯罪行为,有可能无法获取其有罪的坦白。实践中的问题在于,通过施加压力,在犯罪嫌疑人不坦白的情况下,审讯者可能无法正确区分究竟是嫌疑人没有实施犯罪行为,还是虽实施了犯罪行为但属于抗审心理素质极好的情况。

霍洛维茨提出了五个关于人的社会心理状况的基本概念,理解这五个社会心理状况有助于解释人为什么会坦白。

(1)指控

处于被审讯中的人必然在知觉和意识上知道其正面临一项指控。指控可能是明确传达于其本人的,可能是在审讯开始被直接表达的,也可能是讯问者的态度和言语中暗示的。传达的方式也许仅仅是上扬眉毛。人们感觉到自己被指控了,或者是基于负罪感,投射出这样一种观念。按照霍洛维茨的理论,无论指控是明示还是暗示,对于嫌疑人的心理状况表现都没有本质区别。一些结果起因于对指控的看法,一种感觉是被置于精神和行为受限制的境地,另一种感觉是被置于不确定的境地。在这里,在熟悉的境况下能够调节人的自由行为的状态没有了。人在这种境况下没有角色可以充当,他必须有所行为,用老套的、被强迫的方式。他觉得自己被攻击、被围攻或被挤压了。对于一个有罪的人,由于这种被指控的感觉,不可避免地采取因受攻击而引起的防御。确实,甚至一个无罪的人被错误地指控时,也会经常感到有罪。无论有罪还是无辜,受讯问的人处于困境中,感觉被挤入了死角,唯一关心的是自由。但是,出路显然受阻,被指控的强烈感觉是客观的,人靠自身予以防御的作用胜过权利本身客观力量的作用。

(2)可得的证据

认识到被指控的第一反应,特别是对于有罪的人,是变得担忧或者精神受困。被指控的人的意识结构是不稳定的,这是因为他不确定有多少证据被指控者掌握。也许指控者虚张声势,在这种案件中,被指控的人可以竭力为自己辩护。也许指控者掌握所有的证据,在这种案件中,被指控的人最好不要寻求同情或者避重就轻。大多数真实的案件的情况常常是介于这两个极端之间,但受控者不确定证据情况的确切程度。

一项指控成功与否,在于其本身所暗示着的确实可得的证据总量。当产生了确凿的证据,任何逻辑正常的人都会推断审讯处于“捉贼捉赃”的境地。他们的心理地位变得岌岌可危,自由更是受到了威胁。然而,也不是有了确凿的证据就足够了,受控者有可能解读现实中可能存在的无辜,并不需要预兆。因此,未通过测谎常常导致坦白。

典型的沉闷的警察审讯室,无意中减少了对待嫌疑人的友好氛围。

应该同样明确的是,如果一个人不感到内疚,他不承认自己思想上的罪恶感,就不会承认一个别人认为是邪恶的或错误的行为。他实际上认为自己的行为是正确的。

一般来说,多数人犯罪会有负罪感,对不法行为的后果感觉有罪,认为自己的正确行为观念被侵蚀。当这种罪责感不能靠自责消除时,就会变得强大到足以导致该人内心的平静崩溃。然后,受其他因素影响:指控,物证,或者两者共同作用,产生心理压力的累积效应。巴甫洛夫还研究了这一过程,理解他的理论可以增加获取招供的机会。虽然他的研究基于压力是如何在狗的身上引起的,但是他同时认为这种情况可能也适用于人类。

（3）坦白是出路

在审讯的情况下,在被一个具有至高无上权力的机关指控时,人们知道自己的脆弱和软弱。感知“有充分证据可以证明他们有罪”,他们感到内疚,内心充满了孤独、不安,需要救助。在整个过程中的这个关键环节,调查人员应该让他们知道,供认是获得解脱和通向精神自由的道路。同时,这个过程的有效实施必须营造容易使人招供的环境。以下情况会导致供认的失败:一是围观,警察总监、侦探队长、律师、记者在场,不利于实现获取供认这一目标。认罪可能是“灵魂的救赎”的最好方法,但一个人打算要这样做时必须感到舒服和自然才行。任何残存的犹豫不决的障碍都必须拆除。他们在情感上,至少应当得到行为被理解的保证,即使不是与其共享。情绪可以这样加以传达,包括使用如下含义的言语和动作:“告诉我,你会感觉更好”,“我听说你要告诉我以前发生的事情”,“你已经不是第一次这样做了,并且你可能不是最后一次这样做”,“很多人有同样的想法”,等等。减少伦理方面的考虑与其行为的严重性,可以使一个人更容易坦白。审讯者需要与受审对象建立良好的联系,才能实现获取承认的效果。如果受审对象根本不接受审讯者,这样的交谈方式就无法实施。审讯者要与受审对象建立良好的沟通状态,必须设法打动受审对象的内心,找

出能够打动受审对象内心的话题。一般来讲,自己的犯罪行为有多少被发现、自己的自由会不会受限制,这是所有受审对象关心的问题。还有一些是受审对象个人所特有的问题,如特殊的行为、特殊的经历、与被害人特殊的关系等,需要对受审对象十分了解才能够掌握这些信息。只有找到了这些受审对象所关心的问题,才具备与之建立良好联系的条件。

向受审对象传达讯号的强度可以促使坦白的发生。虽然受审对象在审讯中获取有罪证据存在的信息,往往更愿意表现得不受这个信息的影响,但是如果这个证据的证明作用表现得越强,这个信号对人的大脑的刺激作用也会变得越强,一旦感受到对于自由的威胁加大,受审人的压力也会变大。通常,审讯人员在审讯中选择披露一些受审人的信息,即使这些信息只是曾经发生在受审人的身上,仅仅是与受审人有关系或者是有联系的一些内容,与犯罪行为毫无关系。但是,受审人会感到自己的一切已经被完全掌握了,再也没有任何东西好隐瞒的了。一旦有这种想法,有罪的人通常会马上认识到其犯罪行为或者参与犯罪的行为已经被发现了,所以会马上坦白其犯罪行为。无辜的人却不太会受到这些影响。另外,在审讯中,如果权威使用在审判中,如特意叫来探长或者检察官参与主导审讯,受审人接收到的讯号会更强烈,感受到的压力会增大,坦白的机会也更大。

焦急不安的等待也会促使坦白的发生。如果一个人保持着一种有准备的等待状态,期待着某种事情的发生,尤其是所关心的某种预期结果的发生,那么在等待中会变得紧张不安。一名嫌疑人在等待他的托词被检验的时候,因为被限定了期限而变得焦虑,尤其是在预感托词经不起检验的时候。嫌疑人被强迫等待案件调查人员去完成某些事情,然后回来带来某些信息用于审讯。案件调查人员有时候只是按照审讯程序让否认犯罪的人"再想想"或者说"我明天再来",这些均会增加嫌疑人的紧张情绪。无罪的人显然不会受影响。

案件调查人员有时候会有意转换不同的讯号,以调动受审者的情绪和预期。他们有时候是采取友好的审讯态度,通常是在施加压力的手段不可行的情况下,或者是在嫌疑人比较配合的情况下。友好的态度会对嫌疑人有正面的影响,是对嫌疑人配合审讯的奖励。在案件调查人员内心确信嫌疑人实施了犯罪行为的情况下,如果嫌疑人不配合、抵赖、气焰嚣张,调查人员则会采取不友好的态度,配合语言和肢体语言,向嫌疑人传达

负面的影响,向其施加压力,迫使其态度朝着配合侦查人员审讯需要的方向转变。

糟糕的境况可以促使嫌疑人坦白。在刑讯逼供的条件下,审讯者可以取得嫌疑人的口供。在文明社会,刑讯逼供是被禁止的。但是,不容置疑的是,在嫌疑人精疲力竭的情况下,还是可以获取其口供的。当嫌疑人刚刚被逮捕的时候,正是获取其口供的好机会,他们在这个时候表现得情绪压力较大,局促不安,内心遭受折磨和痛苦,极度疲劳,防御能力处于下风,甚至会表现为有自杀和自残的行为。审讯者在这个机会里抓住紧要的问题加以审讯,就可能促使嫌疑人坦白,否则这个稍纵即逝的机会就不会再有了。

但是,有些嫌疑人绝不会坦白。即使上述坦白的条件都具备了,还是有一些嫌疑人不会坦白。获取口供不是一件容易的事情,因为一些人不会有负罪感。还有一些人有这样那样的顾虑,担忧出卖同伙的后果。尤其是毒品犯罪,嫌疑人一旦被抓,就把所有的问题揽在自己身上。还有一些人训练有素,认为坦白意味着自掘坟墓。

坦白符合法律各项规范的要求,同时也是在自由和自愿的情况下取得的,没有受到任何强迫手段之类的影响,才是正常的供述证据,也才是可信的供述证据。

具体的审讯程序应当如下:

(1) 告知被审讯人的权利,如可以聘请律师等。

(2) 让受审人书写有以下内容的文书:嫌疑人已经听到或者阅读有关权利,并且理解自己所应享有的权利,自愿放弃寻求律师帮助的权利并知道这样做的后果。嫌疑人自愿接受讯问并回答有关提问,没有受到威胁。

审讯的要求如下:

在审讯之前应当仔细观察受审对象,看他是否头脑清楚,是否能够理解所问的问题。如果受审对象处酒醉、吸毒服药期间以及表现出其他反常的情感反应,在这些状况下,最好不要提审讯的事情。有必要听取心理专家的建议,确认什么时间受审对象处于理性或者有大脑活动能力的状态。当受审对象是嫌疑犯时,需要谨慎对待。令人惊奇的是,有些受审对象,当审讯者直截了当地问其是否实施所涉犯罪时,会表现出肯定的反应。有嫌疑人解释自己为什么不向一名长时间陪同他的警察坦白有罪,是因为这名警察没有问他。相当一部分嫌疑人需要有人给他坦

白的机会，承认有罪以获得出路。

审讯者开始应当讯问一些引导建立嫌疑人记忆、链接真实状况且嫌疑人能够理性回答的问题：你叫什么名字？你现在身处何处？现在是什么时间？今天是什么日子？你住在哪里？你有工作吗？你在哪儿工作？你知道我的名字吗？你知道我的职业吗？如果嫌疑人回答顺利，接下来审讯者可讯问与其有关的犯罪，实施犯罪行为的地点、时间和经过，以及被害人的身份。如果犯罪经过中存在被害人有过错，或者目击证人有感知错误，或者其他嫌犯有过错等情况，审讯者应当在审讯中加以使用，促使受审对象更好地坦白。嫌疑人开始陈述其涉案或者无辜行为时，不应当轻易打扰、影响其陈述，让其有充分的机会作出解释或表达；同时，在审讯中根据其陈述的内容采取措施，引导信息的表达方向。如果嫌疑人在陈述中完全否认与被害人接触过，或者案发时不在现场，重建否认的事实是否成立变得非常重要。如果嫌疑人声称之前与被害人接触或者之前到过现场，重要的是弄清楚什么时间和什么样的情况下接触被害人或者到过现场。一旦嫌疑人作了未接触被害人或者不在场的陈述，就要对物证和人证作出可信的解释。审讯者可以讯问以下问题：案发时你在哪里？案发时谁和你在一起？案发时你在干什么？是否有人见到你，他们是谁？回答必须是准确的，如果是准确的且由此使得嫌疑人脱清了干系，需要重新评估个人的“嫌疑”陈述。如果对上述问题的回答是不准确的，则让嫌疑人解释每一个差异。对一个有罪的人来说，这是很难完成的，对其不利的有罪证据迟早会变得显而易见。

对于企图隐瞒真相的嫌疑人，可以引入测谎器辅助审讯。这样，在测谎不通过的情况下，嫌疑人通常会坦白。上海反贪局在对犯罪嫌疑人和行贿人的审讯实践中证明，借助测谎仪，使用测谎的方法是非常有效的一种辅助审讯方法。很多嫌疑人和行贿人面对未通过撒谎的测试结果，往往交代了行贿、受贿的犯罪事实。

审讯者经常会使用一个词叫“突破”，这是在审讯中能够感知到嫌疑人即将坦白的节点，在这些节点会表现出一些征象。比如，否认涉案有所松动、承认有罪，或者重复说“我记得不是这样”“如果那样会怎么样”“如果是第一次会怎么样”“我从来没惹过麻烦”等。其他的征象表现为不安，在椅子上频繁移动、想要抽烟、眼睛盯着地板等。这个时候，审讯者要温和地向嫌疑人传达坦白才有出路的信息。

将审讯过程记录在文件中很重要，需要表明审讯所取得的坦白不是由酷刑和胁迫得来的，是在自由、自愿的情况下取得的，并且是可信的。

审讯录像是记录审讯过程合法与非法的重要方式，也是最合适的方式。审讯录像有三个重要作用：一是培养警察文明的审讯习惯，促使警察遵守法律规定；二是可以证明整个审讯过程中，嫌疑人的坦白是自愿的、可信的；三是可以证明警察在审讯中没有违法操作。但是，很多警察机构不愿意采用审讯录像的工作方式，认为这束缚了警察的手脚，会影响审讯工作的开展。

审讯录像的光盘或者磁带也是一种证据。当相关机构或人员对审讯的合法性有疑问时，通常需要鉴定审讯录像的文件有没有剪辑、伪造的状况，录像的方式有没有遵守有关规定。

通常，审讯录像应当遵守以下要求：

录像设备必须能够记录谈话的场景和谈话的内容。实践中，存在以下问题：审讯录像的设备像素较低、图像模糊、语音模糊难辨。这些导致审讯录像证据存在缺陷，甚至丧失证明作用。

录像制作人必须是专业的有资质的人。

录像的过程必须是真正意义上的录像，不是为了应付工作要求。录像的方式必须是正确的，而不是随意而为的。

用于保存作为物证的审讯录像磁带或者光盘中的文件必须是没有经过改变、添加或者删减的。

录像操作者在录制开始时必须宣布开始录制的时间，在整个审讯过程中将录像设备放置在审讯现场，在录像结束时应当宣布录制结束的时间。但是，这种宣布录像起止时间的做法显然会妨碍犯罪嫌疑人的坦白，对其精神和思想有影响。所以，这些在证据完备理论上合理的做法未必在操作中是可行的，只能选择性地使用。

如果录像的过程中录像带用光或者光盘容量已满，不适宜采取拼接的方法，应当重新计时。

当前的全程审讯录音、录像只用在职务犯罪案件的审讯中，强调的是24小时录像。在某些法庭审判中，律师会多次提出播放审讯录像。通常存在比较多的情况是录像中的语音叙述与审讯笔录有差异。在一件共同贪污的案件中，审讯录像中坦白的是贪污行为实施中有共同故意的行为，而审讯笔录中记录的是贪污行为实施前进行了共谋的行为。审讯笔录中

记载:租车费用结算审批前,苗某某与下属瞿某某合谋虚增车费;瞿某某虚增车费,苗某某审批,签署同意;瞿某某套现虚增部分;苗、瞿瓜分,占为私有。之所以造成与审讯录像不符的情况,是因为审讯人员认定瞿某某关于事前共谋的供述为准确信息,所以在审讯苗某某的时候,反复审问苗某某在结算前是否合谋,而苗某某始终未予承认。为了使苗某某的供述和瞿某某的供述相一致,审讯者就做了这种主观需要的笔录内容。审讯人员在这里犯了不尊重证据客观性和合法性的错误。从证据的本质来讲,审讯录像是完全的物证性质的证据,记录的不仅有犯罪嫌疑人言辞,而且有审讯的场所、犯罪嫌疑人的表情和动作、言语的语音和语调等,记载的信息非常丰富。审讯笔录记载的是犯罪嫌疑人的坦白或叙述的语言,是审讯中笔录记录者制作的,不但记载的信息与审讯录像相比极为有限,而且难免加入笔录记录者的主观信息,如将听到的言辞替换为自己习惯的语言形式、漏掉一些自认为无关紧要的言语等。尽管审讯录像和审讯笔录都是记录犯罪嫌疑人的言辞证据的固定证据的形式,但审讯录像更加客观、真实,而审讯笔录较为主观、容易被改变。在法庭审判中,审讯录像和审讯笔录还是提交犯罪嫌疑人的言辞证据的形式。在被告人当庭拒绝坦白或者翻供的情况下,审讯录像经法庭质证后可以直接具备证据的证明作用。审讯笔录的证据证明力相对较弱。如何对待审讯录像和审讯笔录的差异问题?从科学原理上来讲,笔录记录者不可能记载得和坦白的言语一模一样,也不适合记录无关的言语,记录和言语必然存在差异。因此,只要审讯笔录记载了嫌疑人言语中与案件有关联的内容,做到大致相同就算符合要求了。但是,审讯笔录中不能与审讯录像中存在有矛盾的内容,审讯笔录制作者不能加入自己的主观推断内容。如果审讯录像和审讯笔录有矛盾,则以审讯录像为准,舍弃审讯笔录。

当前的证据法规定职务犯罪以外的其他类型的死刑案件中,需要审讯录像。可能被判处死刑之外的非职务犯罪案件中,经嫌疑人同意,也可以录像。

四、审讯中存在的问题

在我国,审讯中存在诸多问题。由于审讯中通常没有录像,所以对警察的审讯行为缺乏监督,这为警察的自由发挥提供了方便。在审讯实践中,使用肉刑和变相肉刑的行为普遍存在。根据上文审讯的原理可以得

知，肉刑和变相肉刑完全不必要。之所以总是不能消除违法的审讯行为，最关键的因素在于审讯人员的审讯技能没有得到很好的培训，正式开展工作之前的实战训练不充分。审讯人员关于证据的基础知识是不全面和肤浅的，对庞大的证据种类所知甚少，对所知证据的检验项目和检验方法的知识几乎没有。有些审讯人员就连最基本的了解被审讯对象的心理和行为的知识都没有。在这种情况下，要取得一些审讯上的收获，往往不能抵御使用肉刑和变相肉刑的冲动。

1．肉刑和变相肉刑仍然存在于相当大的范围内

除了佘祥林、赵作海案件等见于报端的，还有其他被隐匿的错案，这些悲惨的受害人是肉刑之下的牺牲品。血肉之躯，除了那些神经麻痹者和受虐狂，有谁能够忍受剧烈的疼痛和痛苦的折磨？肉刑通常表现为把人长久吊悬起来，用棍棒或者鞭子抽打皮肉，将人体长时间拗成难以忍受的姿势，夹手指，坐老虎凳，用火钳和烟头烫，不给饭吃，剥夺睡眠等。其目的在于给人体造成难以忍受的疼痛。受刑者为免受痛苦，必须开口说些什么，以阻止酷刑的继续进行。在这个过程中，如果施刑者没有掌握好施刑的程度，可能失手造成受刑人死亡和终身残疾的情况发生。另外的一些情况是，施刑者施刑的程度在一般的情况不会造成严重的后果，但由于受刑人的脆弱，仍然未能避免严重后果的发生。变相肉刑是稍微文明一点的刑讯方式，表现为审讯人员不让受审人睡觉、使用刺激受审对象精神的言语进行讯问等。多名审讯人员轮番讯问，让受审对象不得休息。长时间不能睡眠和精神折磨是让人无法忍受甚至发疯的折磨，虽然不会直接导致受审人的死亡或者残疾，但是仍然会导致受审者跳楼、割腕等自残、自杀行为。

无论如何，肉刑和变相肉刑都是不人道的，都是对人的生存权、健康权和尊严造成严重侵害的行为。这是文明社会所不能容忍的。另外，审讯人员必须明白的是，肉刑和变相肉刑虽然可以使有些没有明确的证据或者缺乏证据的案件在侦破上有所成就，但是一旦走上这条路，几乎是不可回头的。一旦抓错了人，办错了案，后果不堪设想，承担后果的不仅仅是警察局及其领导，赔上去的还有自己的职业和名誉。走刑讯逼供道路的风险是很高的。案件调查人员应当潜心研究审讯技巧和犯罪心理，学会恰当地使用证据以促使受审对象坦白和承认，要明白对于绝大多数的案件，刑讯是完全没有必要的和多余的。

2. 证据技术检验的水平未能充分服务于审讯

由于实践中物证技术的检验水平与基本的要求相去甚远，很多证据没有得到充分检验，甚至没有被检验。这样势必为犯罪嫌疑人试图脱罪创造有利的条件。因此，如果在审讯中，受审者知道证据有对自己有利的一面，必然拒绝坦白和承认犯罪事实。证据的检验水平对于审讯是否成功有重要的作用，同样也是避免刑讯的重要条件。完善与发达的证据技术可以改变警察动辄刑讯逼供的工作习惯。技术条件不具备，加上“命案必破”的刑事侦查工作指导方针的挤压，往往是促使刑讯逼供发生的原因。

3. 审讯全程录像的案件范围有限

刑事案件的审讯过程一般没有全程录音、录像。职务犯罪的审讯录像也只有很短的历史，最近才要求对可能被判处死刑的犯罪嫌疑人的审讯全程录像。其他案件的审讯过程仍然游离在监控之外，这种状况为刑讯逼供制造了机会和条件。法律之所以如此规定，是因为警察的审讯水平和物证技术水平没有充分发展，社会治安问题相当严重，警察系统承载了巨量案件的侦破压力。为达到一定程度的案件侦破率，有效维护社会治安，立法者希望能够少束缚警察的手脚，所以对案件审讯中采用的正确方法没有作出严格要求。随着社会的进步，警察队伍不能总是依赖法律上的庇护，必须作出更多的努力，整体提高业务能力。

4. 审讯笔录的记载方式不符合科学规范

审讯笔录是对审讯过程的实时记载，记载了审讯者的问题和受审者的回答。审查现有卷宗，审讯笔录记载的内容和方式并不令人满意。审讯是有技巧的，在受审者不肯说话时，要观察其心理状态，能够驾驭其情绪，调动其情感，引导其下定决心讲述与案件有关的内容。在受审者开始讲述时，应当促使其自由充分表达，即使是在撒谎，也不能随意打断其陈述。随意打断被讯问人的陈述，有可能让其察觉审讯人其实并不了解自己的罪行，或者没有掌握足够的证据，因此有可能拒绝继续交代，或者加以隐瞒。在受审者撒谎时，也让其充分发挥，撒谎越多，漏洞越多，这将给审讯者充分的借口打击受审者并修正其陈述的方向。随意打断陈述，还使得受审者的陈述支离破碎，笔录内容变得混乱不堪（见图3-1-1—3-1-3）。

第 1 次询问
第 1 页 共 3 页

询 问 笔 录

询问时间 2012 年 4 月 5 日 11 时 00 分至 2012 年 4 月 5 日 12 时 25 分
询问地点 成都市成华区经华北路 95 号双桥子派出所
询问人（签名）[illegible] 张驰 工作单位 双桥子派出所
记录人（签名）[illegible] 工作单位 双桥子派出所
被询问人 王经刚 性别 男 出生日期 1963年3月30日
户籍所在地 福建省石狮市蚶江镇水头八区[illegible]号
现住址 福建省石狮市蚶江镇水头八区[illegible]号
被询问人身份证件种类及号码 359002196303301539
联系方式 18259585070 0079252799789
（口头传唤的被询问人__月__日__时__分到达，__月__日__时__分离开，本人签名确认：________）。

（1. 询问时，人民警察要告知被询问人依法享有的权利和承担的义务。2. 首次询问违法嫌疑人时，要询问是否受过刑事处罚、行政拘留或者劳动教养、收容教育、强制戒毒、收容教养等情况，必要时，还应当问明其家庭主要成员、工作单位、文化程度等情况。询问外国违法嫌疑人的，还应当问明其国籍、出入境证件种类及号码、签证种类、入境时间和事由等有关情况，必要时，还应当问明其在华关系人等情况。3. 笔录末尾应当由被询问人写明"以上笔录我看过，与我说的相符"并签名或者捺指印，注明日期。4. 可加附页，并标明页码。）

问：我们是成都市公安局成华分局的工作人员，现在依法向你进行询问，请你如实回答。对与本案无关的问题，你有拒绝回答的权利。你听清楚没有？
答：听清楚了。
问：你因何事到派出所？
答：我来反映我朋友于江的事。
问：你与于江是什么关系？
答：是朋友关系，比较好的关系，也就是耍朋友的关系。
问：你们在一起有多久了？
答：我们是1993年认识的，2006年左右在一起耍朋友的。
问：你最后一次见到于江是什么时候？
答：2012年3月13日下午在福建石狮市[illegible]市场，我送她离开，她坐飞机回

王经刚

图 3-1-1

成都。

问：你最后一次与于拉通话是什么时候？

答：2012年3月10日下午，我在俄罗斯莫斯科给她打的电话。

问：你们两个感情怎样？

答：我们感情很好。

问：于拉的有无经济来源？

答：没有经济来源，都是我平时给她的。

问：于拉的存款有多少？你清楚吗？

答：具体的我不清楚，但不会很多，最多有两三万元钱。

问：你们一年见几次面？

答：我们一年见四五次面，因为我在俄罗斯的时间要长一些。

问：你是否知道于拉的银行卡号？

答：我知道有建行储蓄卡、银信用卡、工商银行卡、中国银行卡，具体账号没有，我就不太清楚了。

问：于拉的住址在何处？

答：武侯区武青南路花样年·花好月圆小区1幢1单元[illegible]号。

问：于拉的QQ号码？

答：857020341。

问：于拉在成都的生活情况讲一下？

答：我不知道，只知道她朋友唐园英是水磨河，黄丹是新都[illegible]，范伶是中江人。我女朋友姜蓉是彭州市，我不太[illegible]知道这些。

于绍凯

图 3-1-2

问：你们最近吵过架吗？说过分手吗？

答：都没有。

问：于立知道你有家室，还跟你在一起，她没说离开你吗？

答：没有说过其他的，我她也愿意跟我在一起。

问：于立这个人，你怎么看？

答：我觉得她人好，比较实在，对我是比较好，不像是背着我做一些对不起我的事的人。

问：于立除了你，有无其他男朋友？

答：我们很少见面，具体我不知道，凭我感觉是没有。

问：你这次是什么时候回国？什么时候离开？

答：2012年3月31日回国，我处理完于立这件事就离开。

问：你认为于立现在是什么情况？

答：我认为于立处于一个不利情况，具体的我也不知道。

问：你是否知道于立取建行信用卡钱的ATM机号？

答：我知道，是卡号是4367 4300 5499 2199建行信用卡号，户名是于立，1月8日在成都交通银行ATM CABKR735机取32000元。

问：是否属实？

答：属实。

以上笔录我看过，与我说的相符

王绍凯　2012年4月5日

询问人：阎伟　张驰
记录人：阎伟

图　3-1-3

笔录中,受审者开始回答和于×是怎样的关系,接下来回答与于×失踪前几天的联系,再接下来回答与于×的关系如何。然后,受审者回答与于×的经济往来、与于×一年见几次面、于×有几张银行卡、于×的住址、于×的QQ号、于×的生活情况、与于×有无争吵和分过手、对于×的看法、是否了解于×有其他男朋友、什么时候回国与出国、认为于×现在的处境、是否知道于×取建行信用卡的卡号。

整个一篇笔录支离破碎,毫无逻辑可言。这与讯问者思路不清有直接关系。在受审者自由讲述完毕之后,审讯者应当抓住有利时机,及时讯问受审者是否还有其他罪行,以防止受审者隐瞒其他罪行或者重要情节。在确信受审人已经全部陈述完毕之后,审讯人员可以针对陈述中逻辑上的错误加以提问,让受审人解释其中的矛盾,或者补充遗漏的内容。同时,审讯者应当重点补充讯问能够印证供述可信度的相关证据,比如目击证人,或者陈述中涉及的物证及物证的详细情况。然而,在刑事案件的审讯笔录中,通常看不到标准规范的审讯方式,相反存在种种合法性上有问题的做法。

关于审讯笔录中存在的问题,笔者以一件抢劫杀人的案件作为案例进行说明。审讯笔录中存在的问题图例均来自本案。

案件大事记

(1) 2012年3月22日20时许,于××到双子桥派出所报警,称其妹于×失踪,成华区分局4月6日以被拐卖妇女案立案侦查;

(2) 2012年4月24日15时许,犯罪嫌疑人郭××、罗×被抓获;

(3) 2012年4月24日20时许,第一次审讯;

(4) 2012年4月25日,警方对郭××、罗×以故意杀人罪立案侦查;

(5) 2012年10月26日,郭××、罗×被起诉到成都市中级人民法院;

(6) 2012年12月7日,郭××被判处死刑,罗×被判处无期徒刑。[1]

① 参见四川省中级人民法院刑事附带民事判决书(2012)成刑初字第496号。

笔者研究了本案中的审讯笔录,在科学性要求和规范操作上尚存在诸多问题,主要表现在以下几方面:

(1) 审讯时间与记录的内容量存在严重矛盾

比如,审讯笔录记载审讯的起止时间间隔为五个小时,而审讯笔录记载的内容只有寥寥两页纸。根据正常的谈话内容,1000 个音节大约要花五分钟,考虑到讲述过程中思考的合理时间,从两页笔录纸上的内容可以推断谈话最多用去 30 分钟。那么,多出来的四个多小时的时间用来做什么了? 是发生了其他事情,还是犯罪嫌疑人讲述的内容不方便记录下来? 显然,这种做法既不符合科学的要求,也无法解释审讯过程是否合法。

(2) 多次审讯所形成的审讯笔录内容高度重复

警察在审讯时,通常是若干次,至少三次以上。赵作海的案件中,审讯笔录达九次之多。可以断定,警察掌握的证据越少,制作的审讯笔录越多。造成这种现状,主要有以下一些因素:第一,多次审讯意味着警察能够确信该问的都问了,不会再有新的收获了。尽管警察多次审讯,还是有可能遗漏某些情节,通常表现为凶器、赃物、作案时的衣物的来源和去向及对其他案犯的情况了解等,需要加以追问,借机将主要的案情加以巩固。另外,如果多个嫌疑人的供述不一致,逐个查询也会有多次审讯。第二,在犯罪嫌疑人多次供述的情况下,多一次供述,意味着供述的言辞证据得到加强一次。第三,多次供述意味着想要改变口供变得不那么容易。

无论如何,审讯笔录通常表现为高重复率。有的案卷中,两次或者三次口供笔录的相同部分高达 80% 以上,不但言语一样,标点符号也一样。(见图 3-1-4—3-1-11 郭 × × 的第一次审讯笔录和图 3-1-12—3-1-19 第二次审讯笔录)这与嫌犯自由表达言语的科学规律不相符合,一个人重复描述一件事的经过,每次描述的语言绝不会高度重复。显然,造成这种情况的原因是记录人使用拷贝、粘贴的方式,把某一次的审讯内容拷贝到另一次的审讯笔录中。这样做的结果意味着笔录不具有可信性。

1

讯 问 笔 录（第一次）

时间2012年4月24日20时10分至2012年4月24日23时57分

地点 新都区公安分局斑竹园派出所

侦查员姓名 毛 沁 刘 锐 单位 成华公安分局刑警大队

记录员姓名 刘 锐 单位 成华公安分局刑警大队

被讯问人 郭泽银

问：我们是成都市公安局成华区分局民警，现依法对你进行讯问。你应当如实回答提问，对与本案无关的问题你有拒绝回答的权利。你听清楚了吗？

答：听清了。

问：你叫什么名字？

答：郭泽银。

问：还有别的化名、别名、绰号吗？

答：有人叫我“郭大”。

问：你的出生年月日？

答：我1979年9月19日出生。

问：你的身份证号码？

答：510322197909192750。

问：籍贯？

答：四川省富顺县。

郭泽银 2012.4.24.

图 3-1-4

2

问：你的户籍所在地？

答：四川省自贡市大安区牛佛镇高店村5组94号。

问：你的现住址？

答：我暂住成都市新都区斑竹园竹柳路47号。

问：你的民族？

答：汉族。

问：你的工作单位和职业？

答：没有固定的单位和职业。

问：你的文化程度？

答：我初中文化。

问：把你的家庭情况讲一下？

答：父亲：郭瑞金，55岁，在成都打工；

母亲：张泽芬，51岁，在成都打工；

妻子：罗洪聪，29岁，在成都做生意；

儿子：罗华龙，11岁，在成都读书；

弟弟：郭泽波，29岁，在成都做生意。

问：讲一讲你的社会经历？

答：自小至1991年在老家读小学，1991年至1994年在成都市31中读书，1994年至今在成都打工、做点小生意。

问：你以前是否受过刑事、行政处罚或劳动教养？

答：2011年7月14日我驾车在新都肇事造成一死一伤，后被新都区

郭[illegible] 2012.2.24.

图　3-1-5

3

法院判有期徒刑一年缓刑两年。

问：你是否是人大代表或政协委员？

答：不是。

问：这是犯罪嫌疑人诉讼权利义务告知书，给你阅读，有没有要求？

答：（看了约5分钟），没有要求。

问：你有无违法犯罪行为向公安机关交待？

答：有。我杀了人，愿意向公安机关交待。

问：你详细交待一下作案的经过？

答：大概一个多月以前，自己在新都区斑竹园开的床上用品铺子生意不是很好，我就想如何找点钱来用一下。于是我想到我2010年在酒吧认识的一个女性朋友于立，我那时已经结了婚，和她保持了两三个月的男女朋友关系，期间她找我借了28000元钱用，没有打借条，后来只还了我8000元，剩下的20000元一直就没还我。我估计于立应该有钱，就找她弄点钱来用，作案的前一天白天我找到我铺子上的小工罗海给他说了我的想法，开始他不同意，后来经过我多次的劝说他才同意和我一起干这件事。然后当晚我就和罗海一起开着面包车到新都区南丰镇一个小巷卖五金的铺子，购买了鞋带两根、深色眼镜一副、透明封口胶一卷、黑花口罩一个。

问：你们为什么要购买鞋带、眼镜、封口胶、口罩？

答：准备作案用的。鞋带拿来绑于立的手和脚，封口胶是拿来封于立的嘴，眼镜和口罩是用来在事后到银行取钱不被发现用。

郭[illegible] 2012.4.24

图 3-1-6

：接着讲？

：买了东西后我们就回家了，在回家的路上我就说明天我们一起去
于立。案发当天下午14时30分左右，我在新都大丰镇街上用公用
话给于立打了过去告诉她我才从外地回来带了一点小东西给你，你
在在哪里我拿给你。于立叫我到在机投她家楼下等她顺便送她去一
八里庄。我就和罗海一起开车到了机投镇于立家的楼下，我就在小
旁边用公用电话给于立打了电话叫于立出来，没有一会她就下来上
我们的面包车。我开车，于立坐的是副驾驶位置，罗海坐在后排。
上了三环向东北方向开，刚上三环几分钟，罗海就从后排用手把副
驾椅子放倒把于立拉到后排，控制住她的手不让她动。她问我：郭泽
跟你想干嘛？我说只想要钱！她：说我都没有钱我还想过叫人把你绑
了！我认识的有钱人多我们一起去我给你选目标三。我就叫于立不准
说话，罗海就用封口胶把于立的眼睛和嘴巴给封住（嘴巴没有封死，
还是可以说出话），用了一根鞋带把于立的手向前绑住。我就问于立
你有多少钱？她说只有一万多块钱，我追问密码她马上告诉了我，我
记得前两位是3，后面的我不记得了。她包包里面一共四张卡，一张
工行的，三张建行的卡，我还用她的手机给工商、建行两家银行打电
话证实密码的真实性。由于车子没有油了我就在北新大道下了三环，
在第二个红绿灯的左手边路上停车，我就下车步行到前面一个加油站
买了一个油桶加了一百五十块钱的油，拿回来把油加上。之后就从北
新大道上绕城一直开到离成渝高速出口还有四公里的地方我把车停

郭泽 2012.4.24

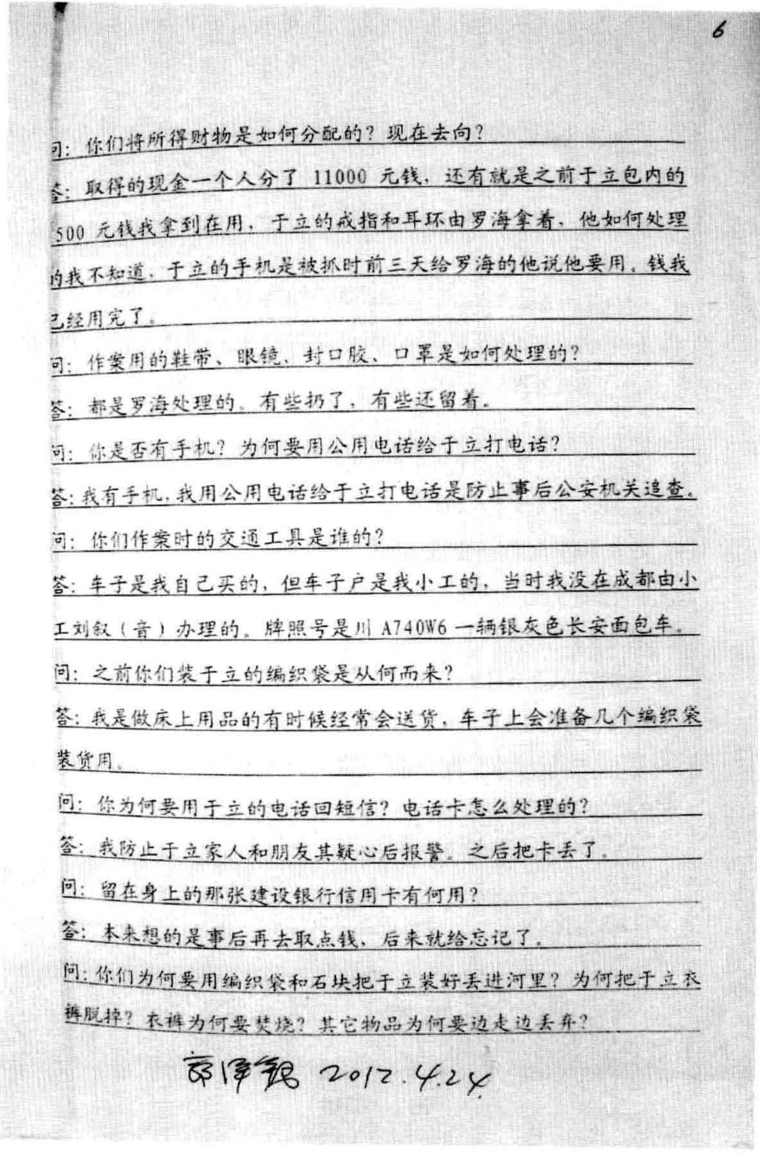
图　3-1-7

5

辅道旁边。我当时想于立认识我不能放过她，我就叫罗海动手（动手是杀人的意思），罗海害怕不愿意动手。我就从驾驶的位置翻到后排上，这时罗海坐在于立的右手边就把于立手和脚按住，我坐在于立的左手边就用左手掐住于立的喉部，右手撑在车子的后窗上，于立一直在反抗，大概一分多钟后于立就没有怎么反抗了，脚一直在抽搐，我和罗海就用剩下的那根鞋带把于立的颈子绑住，鞋带一头绑在车子后排上方的扶手上，另一头由罗海拉住继续勒她。接着我翻到驾驶位置开始开车，车子开上成渝高速往重庆方向行驶。当天色已经黑下来时我将车开到资中附近的一个紧急停车带停了车，我翻到后排和罗海一起把于立的衣裤给脱掉（当时是想不脱的话尸体被发现很容易被认出来），脱于立裤子时罗海还说于立大小便都憋出来了。我们就把编织袋拿来在车上将尸体塞编织袋里，还在路边找了三块很大的石头放在编织袋里面。接着将车开到沱江大桥桥头的位置靠边停下，我就和罗海一起把装尸体的编织袋抬上，走到桥中间位置把尸体从桥上给丢了下去。之后在碑木站口调头回成都了，在资中至资阳的路边上我们用剩下的汽油把衣裤给焚烧了，其它的物品在路上边走边丢了。于立的戒指和耳环是罗海拿到的，我们驱车回到新都后到电子路的银行，由罗海戴着墨镜和口罩在银行取款机上取得于立24000元钱。当时取完钱我就把银行卡丢了，只剩了一张建设的信用卡在身上。在事后的四天里我还用于立的电话给家里人和朋友回了短信，大概内容是："我手机坏了只能回短信、我现在没事、一切都好"。

邱[illegible] 2012.4.24

图 3-1-8



6

问：你们将所得财物是如何分配的？现在去向？

答：取得的现金一个人分了 11000 元钱，还有就是之前于立包内的500 元钱我拿到在用，于立的戒指和耳环由罗海拿着，他如何处理的我不知道，于立的手机是被抓时前三天给罗海的他说他要用，钱我已经用完了。

问：作案用的鞋带、眼镜、封口胶、口罩是如何处理的？

答：都是罗海处理的，有些扔了，有些还留着。

问：你是否有手机？为何要用公用电话给于立打电话？

答：我有手机，我用公用电话给于立打电话是防止事后公安机关追查。

问：你们作案时的交通工具是谁的？

答：车子是我自己买的，但车子户是我小工的，当时我没在成都由小工刘叙（音）办理的。牌照号是川 A740W6 一辆银灰色长安面包车。

问：之前你们装于立的编织袋是从何而来？

答：我是做床上用品的有时候经常会送货，车子上会准备几个编织袋装货用。

问：你为何要用于立的电话回短信？电话卡怎么处理的？

答：我防止于立家人和朋友其疑心后报警。之后把卡丢了。

问：留在身上的那张建设银行信用卡有何用？

答：本来想的是事后再去取点钱，后来就给忘记了。

问：你们为何要用编织袋和石块把于立装好丢进河里？为何把于立衣裤脱掉？衣裤为何要焚烧？其它物品为何要边走边丢弃？

郭俘银 2012.4.24

图　3-1-9

7

答：我们想的是放进石块在一起丢进河里就会沉下底没有人发现，脱掉衣裤是为了万一发现尸体不会从衣着特征辨认出来，衣裤焚烧和其它物品这样处理是为了不让公安机关方便侦查。

问：于立当时的衣着特征？

答：上身外衣为黄色长夹克、内为黑色长毛线衫、浅色内衣、下身为深色长牛仔裤、黑色高跟鞋。

问：你和罗海当时作案的衣着特征？

答：我上身外为深色西服、内为一件长紫红色衬衣、下身为深色长西裤、黑色皮鞋，罗海上身外为灰色长夹克、内为花格体恤、下身为灰色长休闲裤、一双黄色休闲鞋。

问：你和罗海的联系电话？于立的电话是多少？

答：我的电话号码：13908030797，罗海的电话我只知道短号：69999，于立的电话号码我不记得，存在手机上。

问：事前你们是如何预谋的，是否事先就准备抢劫得手后就杀了她？你知道你的这种行为的严重后果吗？

答：我们开始就只是想抢她的钱，但抢了她以后我就有杀她的想法了，她认识我，我怕他报警抓我，我知道后果会很严重。

问：民警在讯问你的过程中，是否对你刑讯逼供？

答：没有。

问：还有无补充？

答：没有了。

郭■■ 2012.4.25

图 3-1-10

8

问：以上所说是否属实？

答：属实。

问：现在将以上笔录交予你阅读，请你仔细看，核对笔录有无错误，如无错漏，请你签字确认，听明白了吗？

答：明白了。

以上记录我看过，和我说的一样。

[illegible]　2012.4.24

讯问人：[illegible]、刘[illegible]

记录人：刘[illegible]

图　3-1-11

讯 问 笔 录（第二次）

时间2012年4月25日3时54分至2012年4月25日5时47分

地点 新都区公安分局斑竹园派出所

侦查员姓名 毛 沁 刘 锐 单位 成华公安分局刑警大队

记录员姓名 刘 锐 单位 成华公安分局刑警大队

被讯问人 郭泽银

问：我们是成都市公安局成华区分局民警，现依法对你进行讯问，你应当如实回答提问，对与本案无关的问题你有拒绝回答的权利。你听清楚了吗？

答：听清了。

问：你叫什么名字？

答：郭泽银。

问：还有别的化名、别名、绰号吗？

答：有人叫我“郭大”。

问：你的出生年月日？

答：我1979年9月19日出生。

问：你的身份证号码？

答：510322197909192750。

问：籍贯？

答：四川省富顺县。

郭泽银 2012.4.25

图 3-1-12

问：你的户籍所在地？

答：四川省自贡市大安区牛佛镇高店村5组94号。

问：你的现住址？

答：我暂住成都市新都区斑竹园竹柳路47号。

问：你的民族？

答：汉族。

问：你的工作单位和职业？

答：没有固定的单位和职业。

问：你的文化程度？

答：我初中文化。

问：把你的家庭情况讲一下？

答：父亲：郭瑞金，55岁，在成都打工；

母亲：张泽芬，51岁，在成都打工；

妻子：罗洪聪，29岁，在成都做生意；

儿子：罗华龙，11岁，在成都读书；

弟弟：郭泽波，29岁，在成都做生意。

问：讲一讲你的社会经历？

答：自小至1991年在老家读小学，1991年至1994年在成都市31中读书，1994年至今在成都打工、做点小生意。

问：你以前是否受过刑事、行政处罚或劳动教养？

答：2011年7月14日我驾车在新都肇事造成一死一伤，后被新都区

郭泽智 2012.4.25.

图　3-1-13

法院判有期徒刑一年缓刑两年。

问：现向你宣布成都市公安局成华区分局拘留证，成公成拘字【2012】8281号，你听清楚了吗？

答：我听清楚了。

问：你因何事被刑事拘留？

答：我把认识的一个女性朋友于立杀了。

问：你详细交待一下作案的经过？

答：大概一个多月以前，自己在新都区斑竹园开的床上用品铺子生意不是很好，我就想如何找点钱来用一下。于是我想到我2010年在酒吧认识的一个女性朋友于立，我那时已经结了婚，和她保持了两三个月的男女朋友关系，期间她找我借了28000元钱用，没有打借条。后来只还了我8000元，剩下的20000元一直就没还我。我估计于立应该有钱，就找她弄点钱来用。作案的前一天白天我找到我铺子上的小工罗海给他说了我的想法，开始他不同意，后来经过我多次的劝说他才同意和我一起干这件事。然后当晚我就和罗海一起开着面包车到新都区南丰镇一个小巷卖五金的铺子，购买了鞋带两根、深色眼镜一副、透明封口胶一卷、黑花口罩一个。

问：你们为什么要购买鞋带、眼镜、封口胶、口罩？

答：准备作案用的。鞋带拿来绑于立的手和脚，封口胶是拿来封于立的嘴，眼镜和口罩是用来在事后到银行取钱不被发现用。

问：接着讲？

郭[illegible] 2012.4.25

图 3-1-14

4

答：买了东西后我们就回家了，在回家的路上我就说明天我们一起去找于立。案发当天下午14时30分左右，我在新都大丰镇街上用公用电话给于立打了过去告诉她我才从外地回来带了一点小东西给你，你现在在哪里我拿给你。于立叫我到在机投她家楼下等她顺便送她去一下八里庄。我就和罗海一起开车到了机投镇于立家的楼下，我就在小区旁边用公用电话给于立打了电话叫于立出来，没有一会她就下来上了我们的面包车。我开车，于立坐的是副驾驶位置，罗海坐在后排。车上了三环向东北方向开，刚上三环几分钟，罗海就从后排用手把副驾椅子放倒把于立拉到后排，控制住她的手不让她动。她问我：郭泽银你想干嘛？我说只想要钱！她：说我都没有钱我还想过叫人把你绑了！我认识的有钱人多我们一起去我给你选目标三。我就叫于立不准说话，罗海就用封口胶把于立的眼睛和嘴巴给封住（嘴巴没有封死，还是可以说出话），用了一根鞋带把于立的手向前绑住。我就问于立你有多少钱？她说只有一万多块钱，我追问密码她马上告诉了我，我记得前两位是3，后面的我不记得了。她包包里面一共四张卡，一张工行的，三张建行的卡，我还用她的手机给工商、建行两家银行打电话证实密码的真实性。由于车子没有油了我就在北新大道下了三环，在第二个红绿灯的左手边路上停车，我就下车步行到前面一个加油站买了一个油桶加了一百五十块钱的油，拿回来把油加上，之后就从北新大道上绕城一直开到离成渝高速出口还有四公里的地方我把车停辅道旁边，我当时想于立认识我不能放过她，我就叫罗海动手（动手

郭泽银　2012.4.26

图　3-1-15

5

是杀人的意思），罗海害怕不愿意动手。我就从驾驶的位置翻到后排上，这时罗海坐在于立的右手边就把于立手和脚按住，我坐在于立的左手边就用左手掐住于立的喉部，右手撑在车子的后窗上。于立一直在反抗，大概一分多钟后于立就没有怎么反抗了，脚一直在抽搐，我和罗海就用剩下的那根鞋带把于立的颈子绑住，鞋带一头绑在车子后排上方的扶手上，另一头由罗海拉住继续勒她。接着我翻到驾驶位置开始开车，车子开上成渝高速往重庆方向行驶。当天色已经黑下来时我将车开到资中附近的一个紧急停车带停了车，我翻到后排和罗海一起把于立的衣裤给脱掉（当时是想不脱的话尸体被发现很容易被认出来）。脱于立裤子时罗海还说于立大小便都憋出来了。我们就把编织袋拿来在车上将尸体塞编织袋里，还在路边找了三块很大的石头放在编织袋里面。接着将车开到沱江大桥桥头的位置靠边停下，我就和罗海一起把装尸体的编织袋抬上，走到桥中间位置把尸体从桥上给丢了下去。之后在碑木站口调头回成都了，在资中至资阳的路边上我们用剩下的汽油把衣裤给焚烧了，其它的物品在路上边走边丢了。于立的戒指和耳环是罗海拿到的，我们驱车回到新都后到电子路的银行，由罗海戴着墨镜和口罩在银行取款机上取得于立22000元钱。当时取完钱我就把银行卡丢了，只剩了一张建设的信用卡在身上。在事后的四天里我还用于立的电话给家里人和朋友回了短信，大概内容是："我手机坏了只能回短信，我现在没事，一切都好"。

问：你们将所得财物是如何分配的？现在去向？

郭[illegible] 2012.4.25

图 3-1-16

6

答：取得的现金一个人分了 11000 元钱，还有就是之前于立包内的 1500 元钱我拿到在用，于立的戒指和耳环由罗海拿着，他如何处理的我不知道，于立的手机是被抓时前三天给罗海的他说他要用，钱我已经用完了。

问：作案用的鞋带、眼镜、封口胶、口罩是如何处理的？

答：都是罗海处理的，有些扔了，有些还留着。

问：你是否有手机？为何要用公用电话给于立打电话？

答：我有手机，我用公用电话给于立打电话是防止事后公安机关追查。

问：你们作案时的交通工具是谁的？

答：车子是我自己买的，但车子户是我小工的，当时我没在成都由小工刘叙（音）办理的，牌照号是川 A740W6 一辆银灰色长安面包车。

问：之前你们装于立的编织袋是从何而来？

答：我是做床上用品的有时候经常会送货，车子上会准备几个编织袋装货用。

问：你为何要用于立的电话回短信？电话卡怎么处理的？

答：我防止于立家人和朋友其疑心后报警，之后把卡丢了。

问：留在身上的那张建设银行信用卡有何用？

答：本来想的是事后再去取点钱，后来就给忘记了。

问：你们为何要用编织袋和石块把于立装好丢进河里？为何把于立衣裤脱掉？衣裤为何要焚烧？其它物品为何要边走边丢弃？

答：我们想的是放进石块在一起丢进河里就会沉下底没有人发现，脱

郭䆾銘 2012.4.25

图　3-1-17

7

掉衣裤是为了万一发现尸体不会从衣着特征辨认出来，衣裤焚烧和其它物品这样处理是为了不让公安机关方便侦查。

问：于立当时的衣着特征？

答：上身外衣为黄色长夹克、内为黑色长毛线衫、浅色内衣、下身为深色长牛仔裤、黑色高跟鞋。

问：你和罗海当时作案的衣着特征？

答：我上身外为深色西服、内为一件长紫红色衬衣、下身为深色长西裤、黑色皮鞋、罗海上身外为灰色长夹克、内为花格休恤、下身为灰色长休闲裤、一双黄色休闲鞋。

问：你和罗海的联系电话？于立的电话是多少？

答：我的电话号码：13908030797，罗海的电话我只知道短号：69999，于立的电话号码我不记得，存在手机上。

问：事前你们是如何预谋的，是否事先就准备抢劫得手后就杀了她？你知道你的这种行为的严重后果吗？

答：我们开始就只是想抢她的钱，但抢了她以后我就有杀她的想法了，她认识我，我怕他报警抓我，我知道后果会很严重。

问：民警在讯问你的过程中，是否对你刑讯逼供？

答：没有。

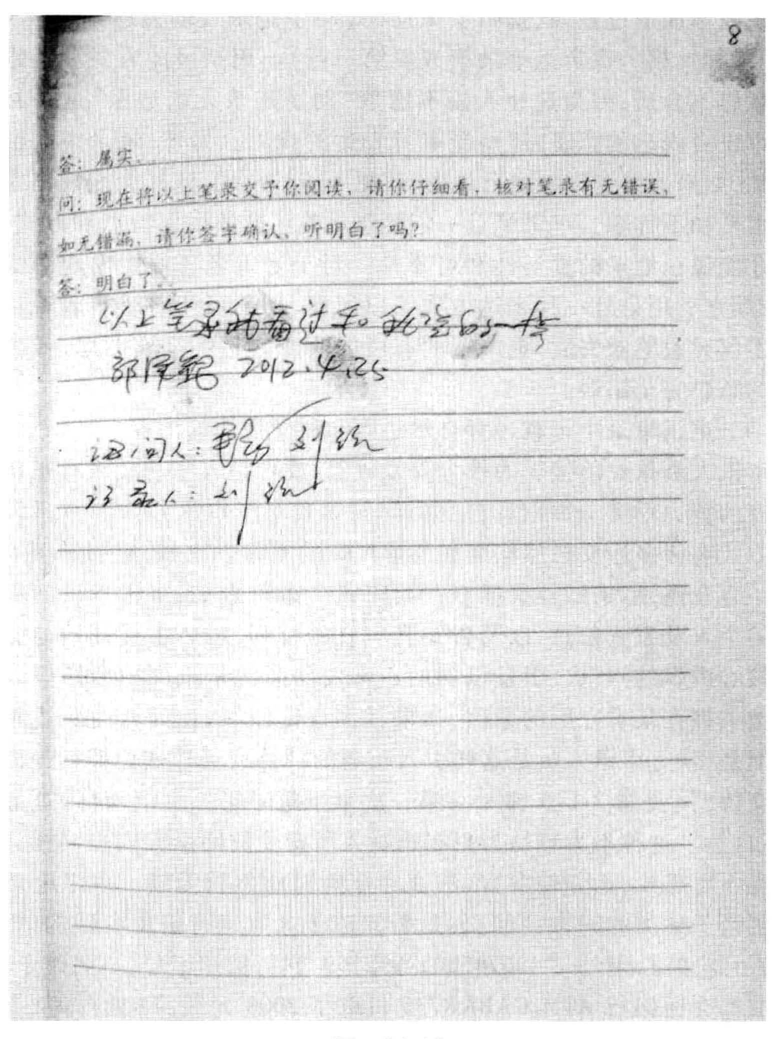
问：还有无补充？

答：没有了。

问：以上所说是否属实？

邹伊郑 2012.4.25

图 3-1-18



答：属实。

问：现在将以上笔录交予你阅读，请你仔细看，核对笔录有无错误，如无错漏，请你签字确认，听明白了吗？

答：明白了。

以上笔录我看过和我说的一样

2012.4.25

询问人：

记录人：

图　3-1-19

（3）语言失真

在审讯笔录中，经常可以见到被审讯者鉴于文化程度和生活范围的限制而不可能说出来的词汇和语言风格，甚至被审讯者讲述的是审讯者的语言风格。这是笔录记录人随意改变受审者的言辞所导致的。也许笔录中的内容确实是受审者自己表达的内容，但语言形式严重失真会让人对记录内容的真实性产生怀疑。还有的审讯笔录出现这样的形式：“我当时想于

×认识我不能放过她,我就叫罗×动手(动手是杀人的意思)……"(见图3-1-8郭××第一次审讯笔录第五页第一行)。用括号的方式表达语言的隐含意思不合适,因为这让人搞不清楚"动手是杀人的意思"这个补充表达是审讯者表达的意思,还是受审者表达的意思。另外,笔录中的语言语法混乱,如果不是受审者自己说的,就更不应该出现,这样会表现出审讯者的低水平和不称职。审讯笔录一定要尊重陈述者的语言特点和方式,只有这样才能显示笔录的真实性和可靠性。对于受审者言语中出现难懂的方言,让其之后用另外一种表达方式予以解释,切不可代替受审者说话。因为这不仅导致笔录失真,更严重的有可能改变表达的真实意思,或者导致表达的意思完全错误。

(4)审讯笔录中记载违背自然法则和科学规律的内容

审讯人员执业前接受的教育程度较低,或者是入职前就没有被确认拥有应有的智力程度。审讯者自身的问题导致对于审讯方式和审讯内容的记录方式有诸多违反自然法则和科学规律的问题。比如,犯罪嫌疑人作案之后一直在逃,后来经警察抓获开始审讯。审讯之初,审讯者讯问犯罪嫌疑人的个人及家庭信息,以及告知其应有的权利,之后正式开始与犯罪有关的核心内容的问讯。引发讯问的正常发问通常是讯问犯罪嫌疑人知不知道被关押在某看守所的原因,如果其作肯定回答,让其自由陈述犯罪经过。但是,就有审讯人员是这样引入正题的:"你有无违法犯罪行为向公安机关交待?"(见图3-1-6郭××第一次审讯笔录第三页第六行)这显得突兀、不自然。这种不太容易为犯罪嫌疑人所接受的问讯方式也同样让其他人感觉不可思议,除非检察官、法官和律师对此熟视无睹。审讯笔录中还可见到诸如此类的问答:"问:你是否知道于×取建行信用卡钱的ATM机号?答:我知道,卡号是4367450054992199,建行信用卡号,户名是于×,19日在成都交通银行ATM CABKR735机取了2000元钱。"(见图3-1-3王××的询问笔录第三页第14—16行)该笔录中除此之外的询问内容均与此无关,这里完全是单独的一项内容。试想,如果没有取款单据,没有人在ATM机上取钱时会记得ATM机的号码,更不会记得别人的信用卡号。但是,这个情节仍然出现在笔录中,至于这些内容如何形成尚待进一步求证。无论如何,这些都是不能令人信服的内容。

第二节　我国警察的审讯现状

我国警察审讯的现状令人担忧。实践中究竟有多少冤案,实在是个未知数。造成这种现状的原因不是单一的。例如,国家关于命案的刑事侦查政策没有基于犯罪科学的要求,警察队伍的来源和建设未能符合犯罪学客观规律的要求,警察队伍的培训内容设计不符合科学的要求,等等。

一、“命案必破”的刑事侦查政策是逼迫警察铤而走险的根源之一

“命案必破”的要求是不符合犯罪学的规律的。在经济发达国家,通常的谋杀案件的破案率在60%以上。我国正常情况下的破案率也差不多是这个比例。这是由谋杀案件的性质决定的。谋杀案件中,实施犯罪行为的人进行了充分的谋划,通常能够很好地逃避侦查;警察掌握的明确有用的线索较少,案件的侦破难度较大。

“命案必破”的行政管理政策带有强烈的主观愿望与人治色彩,直接承担后果的不仅仅是无辜的百姓,还有业务不精的案件承办人。“命案必破”指令源于两个原因:一是谋杀案件的发生,给当地居民造成了严重的不安全感,影响居民的工作和生活。只有案件告破,方可恢复案发地的秩序,使居民生活重归安宁。二是试图克服警察在办案中的惰性,提高工作效率。这么做,出发点是好的,但全然不考虑犯罪学的规律。提高破案率是每个人的愿望。但是,不顾客观规律地向警察施加破案的压力,只能有害无利。提高破案率的重点在于提高警察队伍的能力,而不是强化“命案必破”的压力。

二、警察队伍调查案件的能力提高需遵从犯罪学的要求

要实现破案的目的,须了解罪犯及其在现场所留下的证据,并正确审讯犯罪嫌疑人,找出真正的罪犯。这就需要犯罪调查人员具备犯罪学家的素养,通晓犯罪的规律、法庭科学和审讯的基本原理及其运用。

警察队伍整体水平的提高需要做到以下几方面:

1. 警察招募专业化

犯罪发生于各行各业,每个行业的犯罪行为的表现不尽相同。警察如

果不是来自各行各业，就没有办法很好地了解犯罪行为，也没有办法寻找证据以及认定犯罪经过。罪犯有着普通人所没有的犯罪心理。如果警察对有特殊心理状态的人不了解，就没有办法侦办案件。因此，一个成功的警察不仅要熟悉法律知识，而且还要掌握各种特殊的知识。这也意味着必须从各行各业中招募警察。当然，这些来自各行各业的人必须是有工作经验的，且智商较高。

2. 警察培训专业化

警察培训是探员队伍培养极其重要的组成部分。虽然说警察入职之后都要接受培训，但是无论是教员的选择还是课程的设置，都没有遵从科学的要求。实践证明，培训经历在探员的职业生涯中并没有起到应有的作用。在实践部门，对新警员的培养仍然是以带教的方式加强其业务能力的。带教的方式并不是科学的培训方式，因为带教的老师只是那些拥有一定工作经验且成绩较为突出的老探员。这些前辈无论在理论上还是实践经验的总结上，都很少有擅长的，在懂得如何教导新员工方面更是没有一套符合科学规律要求的方法。

首先，教员的选择非常重要。合格教员的要求为：

（1）有丰富的实践经验，并有出色的工作成绩。

（2）对犯罪调查有深厚的理论功底，并善于总结工作经验，将工作经验上升到有科学原理支撑的理论。

（3）善于表达。善于表达是教员的基础素养，没有卓越的沟通能力和教学语言表达技巧，就没办法将有用的知识传达给受众，教学的目的就无法实现。

其次，课程设置。课程设置是探员培训的基础。实践中，警察入职之前的培训往往只是接受一些有工作经验的警察教员的经验性的介绍。培训时间一般为三个月，所能够接受的专业培训是远远不够的。美国联邦调查局的课程设置分为三项内容：审讯课程、法庭科学、案例分析课程。课程之余，外加体能训练。审讯课程是警察培训中重要的组成部分，主要是让新入行者掌握审讯的原理、策略和方法。法庭科学也是重要的组成部分，包括法医学和物证技术检验。证据知识及其实务操作显然是警察培训必须掌握的内容，这对于培养警察的证据意识具有重要作用。案例分析课程对于新警察短期内提高案件调查技能具有重要的帮助功能。

我国警察的培训课程存在诸多问题，主要是缺乏合格教员。懂得犯罪

学的警察教员非常少，对审讯的科学原理有系统理论知识的警察教员很少，能够同时拥有指纹、笔迹、工具痕迹、车辆痕迹、枪弹痕迹、微量痕迹、物理学、化学、数学方面的丰富经验和知识、深厚的证据检验的理论功底以及丰富教学经验的教员也很少。合格教员的缺少主要是因为相关机构没有培养合格教员的意识。公安系统内的警察学院往往是没有教学管理经验的人在负责管理工作，没有意识到教员更需要经过培训，成为合格的教师。

三、我国警察队伍中探员的专业水平令人担忧

我国承担刑事案件侦办工作的探员在专业水平上令人忧虑，主要表现为审讯水平在低水平上徘徊不前。

不是这些从事探员工作的警察不愿努力，而是个人的专业素养不强。当冤案被曝光之后，人们指责的是那些承办案件的司法工作人员，即警察、检察官和法官。恐怕没人将其归结为警察队伍日常办案的低水平呈常态化。那些被公众指责的警察只能说是运气不好的代罪者，只要现状不改变，还会出现新的代罪者。2013 年 3 月曝光的张辉和张高平强奸致人死亡案就是一个典型的案例。笔者下面通过对该案进行分析，以印证当前探员的专业现状。

在《羊城晚报》的采访中，张辉、张高平是这样讲述的：①

张高平：要不是牢头逼我，是不会认罪的，（认罪材料）写得简直是《西游记》般的神话故事！我在监狱里也说了，别说我强奸了，我如果有这个想法，我都认罪服法。

在杭州西湖刑警大队我苦头吃尽：他们让我站了 7 天 7 夜，让我蹲马步，不让我吃饭，我实在受不了赖在地上，他们就抓我的头发，我还是起不来，他们就提着我的手铐不停抖，我被抖到骨头都酥了才勉强站起；用拖把棍按我的脚，按到我骨头受不了不停地叫，我一叫，他们就笑，像看猴子一样；又把我按到地上，脚朝天，把我嘴巴封住，矿泉水灌到鼻子里去；打巴掌，跪皮鞋底那些都是小事……现在手臂上还有被他们用烟头烫的疤。

更可恶的是牢头狱霸。在浙江省公安厅看守所，我一进去牢头就打我，嫌我破坏了他吃饭的心情，还给我立规矩，说“老大”上厕所，我

① 蒋铮：《浙江冤案追责难在哪里？受害人应参与倒查》，载《羊城晚报》2013 年 4 月 1 日。

要面壁跪下,每天早上还让我朝东南方向拜菩萨。牢头还说,“你态度好点,我写好你抄”。他写好之后,我拒绝抄,他就打我到半死,还说晚上打完50只蚊子才能睡觉,哪里去找50只蚊子?!每次提审回来,都得向牢头汇报,否则就打我。认罪书就是这么写出来的。那天(3月20日)我在法庭上说:“杭州市公安局采用这种古老卑鄙的手段,串通牢头对我刑讯逼供,办出这种案子是浙江人民的耻辱。”

张辉:我当时刚进号子,看见袁连芳的第一眼就觉得他不是好人。袁连芳是“老大”,一开始语气还是比较温和的。我说我没有杀人。他听了就让另外两个人打我,让我好好说。每次被打完,他就跟我重新说一遍案子的“经过”,“细节”比我还清楚,还画了图纸。他很能说,也很能写。每次提审回来,他都知道我说了什么,质问我是不是翻供了。只要我一翻供他就叫手下两个人把我拉到厕所里打,打下身。那种痛苦非常惨,我都讲不出来。要不是他,我也不会吃这么大的苦。

我们恨牢头狱霸,也恨指使牢头狱霸的人。牢头狱霸没有这个权力,肯定是办案人员指使的。我自己都不知道的事情,牢头狱霸全知道,肯定是办案人员跟他说的。他们串通一气。我绝对不能容忍,太过分了。

通过对张辉、张高平在监牢里经历的叙述可以看出,警察的致命错误在于信任不具备犯罪调查资格和水准的囚犯袁连芳。如果探员没能力调查案件,一个囚犯显然也无法承担这个重任,更何况他对自己的行为可以不承担任何法律责任。这种让囚犯参与案件调查的做法是极其不负责任的。承办警察在使用狱侦中做过了头,且在对张辉、张高平的个人犯罪可能性的判断上犯了有罪化定向思维的认知性错误,对案件缺乏理性的思考,最深层的原因其实还是探员自己缺乏专业的水准。

通过张辉、张高平描述的狱中的遭遇可以看出,两位犯罪嫌疑人遭受的不人道遭遇重要的不仅仅是肉体上的伤害,更是精神上的伤害,这种伤害会在其今后的人生中持续很久。一名合格的探员在某种程度上也是心理学家,应有健全的人格,知道如何抨击罪恶的灵魂,及时避免和医治案件中无辜者和受害者的心灵伤害。本案的承办警察无视他人的权利,显然表现一般。

我们再看承办警官聂海芬的简介:①

2000年以来,聂海芬主办及牵头主办的杭州市区重特大案件350余起,一审判处死刑的300余起。经她手装订的案卷材料可以装满一间30平方米的房间。她审核的预审案件,移送起诉后无一起冤假错案及无罪判决案件。在近5年的办案中,通过发挥预审职能作用,破获各类刑事案件180余起,追回赃款800余万元,各项办案指标在省、市名列前茅。她受聘担任杭州市警校兼职教官,自编教材,将自己20年预审经验毫无保留地传授给新人。

聂海芬获嘉奖2次,立三等功2次,曾被评为浙江省"三八"红旗手、省刑侦行家、杭州市"三八"红旗手。

这段文字对聂警官的评价没有遵从科学的评价标准。"她审核的预审案件,移送起诉后无一起冤假错案及无罪判决案件"的表述有失公允。"无一起冤假错案"的说法不能成立,没有暴露错案并不代表不存在错案。现在人们担忧的是:聂警官经手的判处死刑的300余起案件中,还有多少是有问题的?另外,关于聂警官所获的嘉奖、立功、"三八"红旗手、省刑侦行家等荣誉评价,笔者真的希望在评价标准上能够做得更加客观一点。

资料 >>>

浙江叔侄冤案侦办人曾在央视称"无懈可击"②

在杭州市政法界,流传着"三大女杀手"之说。公安局预审大队的女队长、检察院批捕处的女处长、法院刑庭的女庭长,这三名女性的工作可以将一个杀人犯处以死刑。杭州市公安局预审大队的聂海芬队长在三大女杀手当中,以漂亮和温柔著称。今天带您认识聂海芬,您会发现,她不仅漂亮,而且生动,不过,有些时候她并不温柔。

看守所,是聂海芬除了办公室以外,待的时间最长的地方。审讯,是一个预审员最为重要的一项工作。尽管预审大队长的事务性工作很多,但逢

① 参见《女神探聂海芬个人资料简介及照片》,http://www. muernv. com/qinggan/huati/5390. html,2013年6月15日访问。

② 《资料:浙江叔侄冤案侦办人曾在央视称"无懈可击"》,http://news. 163. com/13/0401/20/8RDEDVQT00011229. html,2013年6月20日访问。

大要案、疑难案，聂海芬一定要亲力亲为。

聂海芬(杭州市公安局刑侦支队预审大队大队长)：预审它是跟人打交道。跟人打交道是困难的，但是还是能够去，应该说还是比较有挑战性。我能够在跟你的交锋当中，我能够制服你。有些案子不明白的地方，通过我的工作以后，能够搞明白。我觉得这也是一个比较有意思的工作。

这是一个强奸杀人案。犯罪嫌疑人是张辉、张高平叔侄俩。自落网后，叔侄俩的口供一再反复。案发地西湖公安分局请求聂海芬出马支援。

聂海芬：女性做预审不占优势。首先，你从这个审讯上来讲，你就没有一个态势，坐在那里给他有一种威严，有一种兵临城下的一种感觉，反而让他觉得今天来了个女的，或许她好对付，让他本来有点紧绷的神经变放松了。那么，他就会跟你讲，你很像我的什么姐姐。在这个时候我就很果断打断话了，我说你不要说了，你是不是说像你女朋友？像你妈也没用！

2003年5月19日凌晨，杭州市西湖区刘四路的水沟里漂浮起一具裸体女尸。警方接警后，很快确认尸源是安徽人王冬。5月18日晚9点多，经人介绍，王冬的家人将王冬托付给要去上海拉货的张辉、张高平，请他们顺路将王冬从安徽西县带到杭州打工。当晚12点，王冬的朋友接到了王冬快到杭州的电话，这成为王冬打出的最后一个电话。第二天，她被人们发现赤身裸体死在路边的水沟里。于是，最后接触王冬的张辉、张高平叔侄俩成为犯罪嫌疑最大的人。

聂海芬：人刚刚到案，一个就是抓住他的亲情，再一个就是在他还没有，也就是说，处于惊魂未定的状态下，经过突审，开口了，两个人都讲了。

张辉、张高平交代了案发经过。那天晚上，叔侄俩捎着王冬快到杭州的时候，听到王冬给朋友打电话，对方说让王冬自己打个车进市区，他就不来接了。就是在这个电话挂断之后，19岁的张辉对王冬起了歹意，要求叔叔张高平帮助他对王冬实施强奸。罪恶结束的时候，叔侄俩发现，王冬死了。怎么办呢？他们趁着夜色把尸体扔到了路边，然后开车去了上海。

这两名犯罪嫌疑人交代的案发过程，是真是假？有没有遗漏或者故意隐瞒什么细节呢？事实真相还要依靠证据说话，但恰恰是现场取证陷入了困境。

聂海芬：案犯交代是实施强奸了，也成功了，但是我们从尸体上找不到这上面的痕迹，也就是说没有犯罪嫌疑人的精斑等。

不仅如此，在12吨解放大汽车驾驶座上实施的强奸，技侦人员同样没

有在车上查到任何痕迹物证！

聂海芬：结果很遗憾，几乎把这个车厢都翻遍了，找遍了，没有能找到这方面的痕迹物证。

犯罪嫌疑人的口供没有证据支持，令人沮丧的还不只这一点，法医提取了死者的指甲做 DNA 鉴定，结果发现，王冬的手指甲里留有男性的 DNA，可是这份 DNA 却与两名犯罪嫌疑人无关！

聂海芬：是不是会有第三个嫌疑人？我们框定的这两个犯罪嫌疑人，究竟准不准确？

聂海芬决定先查证有没有第三个嫌疑人，在她的指导下，侦查员先后三次去了安徽，做了大量工作，试图查找王冬指甲内物质的主人，结果一无所获。聂海芬只剩下一种选择，查证张辉、张高平的犯罪嫌疑是否属实。

聂海芬：究竟这两个案犯交代的口供是不是真实的？这个案件究竟是不是他两个人做的？

这是对一个预审员最具挑战性的考验。要揭露和证实犯罪，一靠审讯，二靠调查取证，最后还要看这个预审员对整个案件的事实证据进行综合审查的能力。聂海芬 1986 年入警，至今已有十多年的预审经验，女人的敏感和细腻让她在办案中对细节的捕捉超出常人。

吴伟（杭州市公安局西湖公安分局）：她对这些细节的要求，应该说已经到了苛刻的程度。

聂海芬：一些关键的细节会让这个案件更加的客观真实，主要还是从证据上完善证据，让证据更为客观。

要突破 5.18 案件，聂海芬认为还是要从细节入手。

聂海芬：第一，把他的口供，细节串起来去思考。第二，要把这些客观地反映出来的细节，通过调查来固定，或者说来判断，这些细节对不对。

聂海芬选择的第一个细节就是犯罪嫌疑人抛尸的地点。

聂海芬：他们讲，我们把这个尸体抛在一个地方，当时很黑，看不太清，但是听到水声。

案发现场的小溪流似乎已经足以证实犯罪嫌疑人供述属实。聂海芬却认为，光看见这个表象状态远远不够，她要得到的是客观以及权威的证明。

聂海芬：我们就走访了当地的住家，老百姓他们说，平时这个沟是没有水的，下过两天雨，才会有水。

吴伟:她就提出来,这个水流到底有多大呢?

聂海芬:到气象台去取一下。

吴伟:我们办了这么多年案件,没有想到说要去采集一个水文资料,这是从来没有过的。

聂海芬也是第一次到杭州市气象局。她要知道,什么样的降雨量能在那条溪流里形成什么样的水流量,然后才能让犯罪嫌疑人在抛尸时能听到水声。

聂海芬:一个是,我们认为犯罪嫌疑人讲得更加客观了。第二,光这样还不行,我要让权威部门来更加有力地说明这个问题。

吴伟:我觉得,在这个细节上面处理得非常好。

在这个细节上,聂海芬获得的证据无懈可击。随着办案工作的推进,两名嫌疑人的口供开始出现差异,而且差异点越来越多。

聂海芬:侄儿讲,他实施强奸的时候,是在汽车的前排,当时叔叔是在后排。叔叔说实施强奸的时候,他们三个人同时都在前排。第二点,犯罪嫌疑人张辉讲,实施强奸的时候,把被害人的上衣全脱了,而他的叔叔讲,只脱了裤子,衣服没有脱。

两名嫌疑人口供的差异,晃动着原本就薄弱的证据。如何看待这些差异,聂海芬仍然从细节着手。

聂海芬:产生犯意的地点在哪里?如果是共同犯罪,连产生犯意的地点他都能说得清楚,我觉得,这是一个,就我个人的判断下来,我会把这个细节看得更重一点,我认为它的证明的力度,证明他是案犯,或者证明他是共同犯罪,我会看得更重一点。

犯罪嫌疑人究竟是在什么地方停车对王冬实施强奸?要突破这一点,聂海芬建议采取嫌疑人指认和民警现场做侦查实验的办法。

安排嫌疑人做指认前,聂海芬对见证人身份提出了特别的要求,她希望见证人必须是政协委员或是人大代表。这个提议让侦查员们进一步领略到了聂海芬不凡的魄力。

吴伟:请人大代表来作为见证的话,我觉得这个是一个突破。

聂海芬:保证指认的这个过程的客观真实性。

吴伟:那么可信度就不一样,人大代表跟双方,甚至于参与诉讼的每一方都没有关系,所以说这个就是非常客观,可信度非常高。

民警分别带着两名嫌疑人,从程序到实体,完全依法行事,按照案发经

过一一指认现场,在几个关键细节,聂海芬提醒侦查员要尤其重视。

吴伟:要把每一个细节,就是像电影的慢动作一样,一个一个细节固定下来。在这个描述里面,如果形成共同的一个行为,他描述的都是一致的共同的动作,那么这就非常客观地反映当时的情况。

首先是实施强奸的地点,两名嫌疑人分别都指认,当时把车停在高速路边的这条小道上。

聂海芬:正好这个角上没有路灯。再一个,他的车是一个12吨的解放大货车,车身很高。应该讲,他如果在车子上有什么动作,那么如果不是非常留意的话,路过的车辆的确是可能不会发现的。

在叔叔的帮助下,张辉不顾王冬的反抗实施了强暴之后,叔侄俩发现,王冬死了,于是慌忙往路边抛尸。

聂海芬:跟我们现场勘查,发现尸体地点仅仅相差10米,那么这个10米我们认为是很客观的。即使你昨天去过这个地方,今天叫你再去,你昨天站在哪个点上,你也只能记住一个大概,因为没有什么参照物嘛,这个应该讲是很客观的。

抛尸后,叔侄俩在离抛尸地点不远的这个岔路口,调转车头,然后一路前往上海。

这时候的聂海芬觉得底气更足了。

聂海芬:不是他作案的,他不可能说得那么细,关键就是他不能说得那么准。你在一个点上准了,你不可能每个点上都准。

现场指认的结果显然令人兴奋,但聂海芬还不满意,她让民警专门找来货车司机,开着那辆解放车,从安徽到案发地,再到调头处,最后前往上海,完全按照事发经过,在尽可能接近当天各方面条件的前提下,进行侦查实验。

吴伟:她的时间都是精确到秒的,距离是精确到米的。三四次的侦查实验做出来,结果都比较相近。那说明什么?就是当时这两个犯罪嫌疑人的交代,应该是符合客观事实。

聂海芬获得了充分而扎实的证据,但这起案子最关键的矛盾点到现在仍然没有解决,为什么在死者王冬的体内找不到任何强暴的依据呢?

聂海芬:他也交代了有强奸的行为,但是最后没有射精。我们也请教了法医。法医也给我们一个解释,就是说即使犯罪,就是在这么一个抛尸的现场,有水,即使本身强奸之后体内是留下物质的,一夜的水冲过以后,也有可能把被害人体内的这些强奸的痕迹冲掉。

2003年6月22日，杭州市公安局刑侦支队以张辉、张高平涉嫌强奸杀人罪，提请杭州市人民检察院批准逮捕。

2004年4月21日，杭州市中级人民法院以强奸罪判处张辉死刑，判处张高平无期徒刑。

金浩东（杭州市公安局刑侦支队预审大队民警）：大家从非常疲惫中走过来，这时候她带着我们去看了一场电影，《天下无贼》。大家在轻松之余体会一下，然后再点评一下这个影片。聂海芬这时候就好像，我觉得这时候像个女人了，呱啦呱啦呱啦，开心得一塌糊涂。

聂海芬率领的预审大队，95%都是高大威猛的小伙子，民警们这样形容聂海芬队长和队员们的关系——一只羊和一群狼。再详细点说吧，说聂海芬是披着羊皮的狼，而队员们是披着狼皮的羊。不过，这群狼都说啊，那只羊能镇住他们，他们佩服她！

从上述采访描述中，我们可以了解到以下信息：

（1）聂警官系警察队伍中的高水平探员

聂警官系在案件处于没有进展的状况下，作为一名上级领导及专家应邀参与案件侦破的。聂警官是一名敬业的预审专家，办公室和审讯室是其常待的地方，对要案、疑难案的承办亲力亲为。

（2）聂警官所认识的预审工作性质

聂警官认为预审是与人打交道的工作，是困难性的工作，是有挑战性、有意思的工作。同时，她认为，女性在审讯上不及男性有优势。通过聂警官对其工作性质的描述可以看出，她对自己的工作并不存在专业上的认识，没有从专业上进行描述。例如，审讯需要对犯罪现象和罪犯行为有深入的了解，需要有丰富的心理学、社会学方面的知识等。她对工作的表述是浅显的，并不具备审讯专家应有的专业素养。

（3）聂警官对犯罪嫌疑人的供述前提条件未作充分研究

聂警官没有了解张辉、张高平开口的前提条件，她不清楚袁连芳都对他们做了什么，只是说嫌犯是在亲情感化和惊魂未定的情况下，经过突击审讯开口的。聂警官究竟是真的没有向袁连芳了解事情经过，还是明知实情却故意掩盖，就无从考证了。但是，无论出于何种原因，聂警官并未对两犯罪嫌疑人开口认罪的状况进行认真研究。将审讯的重要工作交给服刑犯，盲目相信一个牢头的说法和做法，犯了原则性的错误。更加令人不能

理解的是，聂警官居然未曾审讯两位嫌犯。当面审讯是取得直观感觉的重要途径，但是聂警官显然并没有认识到亲自审讯犯罪嫌疑人的重要性。

（4）盲目相信逻辑推理

聂警官根据死者生前的社会交往，对两名犯罪嫌疑人产生犯意以及犯罪行为的经过，进行主观想象并加以认定。在案件侦破中，是允许探员对犯罪的经过进行想象的，但要对犯罪经过作典型化的处理并作最后的认定，需要依据证据的印证情况才能实现。聂警官对假想的犯罪经过，显然没有借助证据的印证进行典型化处理。

对于抛尸细节，两名嫌疑人供述将尸体抛入一个水沟，当时是夜间，比较黑，听见了水流声。聂警官为了印证这个供述的细节是否真实，做了以下工作：一是走访了当地居民，了解到只有下雨，沟里才会有水；二是为了验证水流的大小，走访了气象台，调取水文资料，验证水流有没有声音可以听到。她认为，供述的抛尸地点距离真实的抛尸地点相差10米，是因为现场没有地标所引起的记忆上的误差，属于客观的情况。聂警官认为嫌疑人供述得那么细、那么准，所以非常可靠。然后，她模拟嫌疑人所供述的路程和时间，进行了三四次侦查实验，均与两嫌疑人的供述情况比较相近。

关于受害人体内精液未能发现的认定，聂警官只是咨询了法医，认为体内精液被一夜的水流冲刷，没有了。笔者奇怪的是，指甲缝隙的人体组织没有被冲刷掉，体内的精液反而被冲刷掉了。这个情节为什么不通过侦查实验的方法进行验证？

本案的实践证明，聂警官作为"女人的敏感和细腻让她在办案中对细节的捕捉超出常人"，这种超常的能力并没有发挥正确的作用。

（5）无视确凿证据的反向证明作用

两犯罪嫌疑人供述在卡车驾驶座上实施强奸，但并未找到相关的物证。法医提取死者指甲，DNA检验显示另有其他男性的DNA，与两名嫌犯无关。聂警官也想到"会不会有第三个嫌疑人，这两个嫌疑人究竟准不准"，但最终还是忽视了这个重要证据，把工作重点放在了口供的细节认定上。

这不是个案。佘祥林、赵作海案件中，也是因为存在忽视实物证据的反向证明作用的现象，导致错案的发生。究其深层原因，是因为警察的职业培训中没有关于证据专业知识的内容。大脑知识库中没有证据知识，就不会有证据很重要的观念，更不会有证据意识，他们更加相信的是口供及

其细节的主观证据。

综上,探员应当具备的知识结构的缺陷是制约罪案调查专业化的重要因素。

第三节　物证的操作规范

实践中,物证的操作规范没有完整的、符合证据科学规范要求的以及符合法理基本思想要求的法律文件意义上的规范,也没有符合这三个要求的工作手册。

一、证据操作规范应当具备的法律原则

证据操作规范的制定应当是深思熟虑的一项立法活动,应当符合最基本的一些证据操作的需要。因此,证据操作规范的制定应当基于证据本身和法律审判的需要。没有立法的基本原则,制定的法律就会缺乏主线,成为一部散乱的、漏洞百出的、互相矛盾的、无效条款充斥其中的法律文件。

二、符合科学原理要求的原则

符合科学原理要求包括:需要验证证据真实性和关联性的问题,有科学原理为基础,并有成熟的技术方法为条件。如果证据的操作规范没有科学原理支撑,这项证据操作就是不可信的,在法庭上是无法作出符合科学逻辑的解释的。证据的科学属性是证据的基本属性,如果证据操作没有科学原理支持,就丧失了证据检验的基本条件。科学属性是证据得以存在和具备证明效力的生命力。证据检验拥有科学原理是证据检验实践的基础条件。在科学原理基础上发展而来的技术方法是证据发挥证明效力的手段。技术方法必须是可靠的。可靠的技术方法表现为,一般的技术人员凭借应有的职业水平和条件都能够操作完成相同的检验。任何专业人员操作该项技术方法所得出的结论是确定的、一致的,也是稳定的,不易受任何因素的影响而轻易改变。法庭证据是严肃的,确定性是其基本要求。如果一项技术方法只有个别人可以操作,其他任何专家不能按照该方法和操作过程重复这项操作,那么这项证据操作的可靠性就是无法检验的。证据的操作方法和过程能够重复检验是基本要求。如果不具备这个要求,证据的确定性就不存在。

拥有科学原理支持的证据检验只是具备了解决证据问题的条件。不是每一项拥有科学原理支持的证据检验问题都有相应的技术方法。证据检验都是应当有相应的技术方法的。随着科学的进步和发展,技术方法在不断出现、更新和发展。每个人的基因各不相同,这是由遗传的多样性所决定的。根据人类基因的这种多样性表现状态,这种法医物证使得我们用来确认犯罪嫌疑人个人信息的DNA技术也才拥有三十多年的历史。基因用于个人识别最初是检验现场发现的生物物证的DNA,与嫌疑人的DNA相比较,根据相似程度确认是否来源于同一人体,或者确认犯罪嫌疑人是否在现场留下了生物物证。DNA需要依赖检验仪器进行识别。如果嫌疑人没有找到,DNA的比对就难以实现。DNA的检验技术需要进一步发展。基因决定我们的外貌,根据现场的生物物证的DNA基因排序可以直接还原犯罪嫌疑人的外貌,这项技术在美国已经被运用在个别案例中。这项技术尚处于发展的起始阶段,被称为"法医学分子生物合成照片法"。



图　3-3-1

连环凶杀案案犯 Derek Todd Lee,在路易斯安那州残忍杀害了七名女子。目击证人称凶手看起来是个白人,但现场提取的基因描绘出的罪犯面貌是一个非洲裔美国人。来自美国宾州州立大学的马克·斯莱福(Mark Shriver)博士说:"这种'医学分子照片拼凑法'(forensic molecular photofitting)依赖于描绘出皮肤色素沉着和面部结构相关联的基因,然后通过对这些基因的分析,就可以让罪犯的面容浮出水面。"[①]

三、符合审判需要的原则

审判要明确证据的含义,明确证据证明的案件经过。符合审判需要的

① 锋格:《科学家从案发现场提取DNA,准确描绘罪犯相貌》,http://tech.qq.com/a/20090219/000057.htm,2013年5月12日访问。

证据要求,经过质证,达到这样的状态:证据本身在整个操作过程中符合法律规定的操作规范,证据检验的结果揭示了证据本身的真实状态,证据检验的过程和结果验证了其本身与案件有某种联系,有助于认定案件发生、发展经过的犯罪事件重建。也即证据工作需具有实现证据合法性、真实性和关联性的效用。

四、证据操作的合法性规则

证据操作的合法性包括:操作证据的主体拥有职业资格和经验,并经过授权从事某个案件的证据操作。证据验证者资质的许可依据为,经过专业的技术培训,具备了一定时间的职业经历,以保障具有丰富的工作经验,避免在工作中有漏掉应有的证据检验项目或者因失误破坏证据的情况发生,以实现证据工作的有效性。除了资质方面的要求,证据操作人员必须有案件主办权。案件的工作职责分配系由领导或者指挥人员指派,经许可方能从事案件的证据调查工作。另外,证据调查人员的品格也极为重要。侦查工作实务中,侦查人员伪造证据的现象时有发生,如辛普森案件中存在警察伪造袜子上血液痕迹的伪证情况。虽然警察伪造证据不是普遍行为,但是仍然有存在的理由。究其原因,这属于警察的个人行为。虽然如此,案件调查的行为者相信犯罪是存在的,但是缺少重要的证据。因此,为使侦查工作不至于被全盘否定,或者为减少烦琐的工作,伪造证据的想法总是会不由自主地出现。为避免警察伪造证据,或者随意检验证据,必须在警察的工作管理制度中制定严格的程序。虽然在现时的审判实践中,法院总会对警察的不规范行为"开绿灯",但司法制度必然要向前发展,这种庇护警察的司法制度不会一直存在。证据检验的合法性要求还包括证据操作的过程符合法律规范,证据的发现、提取、运输、检验、储存工作都要符合法律和技术规范的要求。

五、证据如何达到真实性的操作规则

证据的真实性是指证据从现场到法庭的整个操作过程均呈现令人信服的状态,每一个工作环节的证据状态没有第二种可能性。比如,室内现场抽屉里发现了毒品,就直接拍毒品在抽屉里的原始状态照片,毒品边上一定要放置比例尺。这样就给人真实的查获毒品的原始状态。毒品从抽屉里取出,再放置比例尺拍照,然后放进证物袋。证物袋上要标记案号、证

据的名称、证据发现的时间和地点，并由发现人签名。证据的运送责任人及运送的车辆、欲运送的地点都要记录在证物袋上。物证检验时的证物拆封应记录证物交接人、拆封人及拆封的时间和地点，检验耗损及检验的时间和地点、检验人，检验完毕加封等事项均应当记录在证物袋上，以保障证据没有被污染、调换。物证检验的整个经过应当被详细记录在检验报告中，包括检验报告附带证物检验前的照片、检验过程中的改变、检验所得的数据、数据分析及结论、检验后的证物形态等。这样可以保证证据的连续性和证据锁链的完整性。在笔者之前论述的毒品案件中，鉴定人并没有做到这些，从案件材料中只见到毒品成分含量的检验结论，并没有显示被检物证传递过程的连续性，比如物证的开封、取用量、检验中的数据及检验数据分析等记录。司法实务中，这种不规范的检验在很多案件中都存在。

六、证据具备关联性的操作规则

证据的关联性包括：所有的证据证明均指向案件的经过和与案件有某种关联的方面，比如案件发生的时间、地点、经过和结果。所有的证据证明均指向本案的犯罪经过重建。在我国审判实践中，普遍存在证据的关联性缺失或者不明确的情形。其主要表现为，证据不能显示属于本案所特有，证据本身不能证明与本案的经过或与经过相关的任何方面有直接联系，证据检验的范围和深度都没有达到所应当达到的程度。比如，种类物的物证没有特定化处理，案件中收缴的毒品在原始状态、提取和包装上未作特定化处理，未达到此毒品物证专属于本案的效果。案件调查人员自以为能够实现验证证据关联性的做法，通常表现为以犯罪嫌疑人、受害人、证人辨认的方法加强其与案件的关联性。辨认的过程中，通过制作辨认笔录的方式形成“文书”证据。但是，这种“文书”证据本身常常也不符合基本的规范要求。例如，辨认人没有对被辨认的物证的特征加以描述，辨认笔录记录的经过和细节常常达不到证据被特定化的效果。最重要的是，辨认的方式远没有凶器上的被害人的 DNA 和加害人的 DNA、指纹的鉴定结果更具有说服力。因为辨认人有可能对物证的特定化特征，如刀子的缺口的位置、形状，包裹尸体麻布的颜色、大小、形状等，并不真正有所感知或明确说明。另外，辨认笔录仍然属于言辞证据，远不如鉴定客观。

现实中普遍存在证据关联程度不合要求的状态，主要是因为证据操作和检验工作者严谨意识欠缺、证据技术知识贫乏。证据意识不强长期存在

的现状，是以“事实清楚”作为首要审判标准的导引结果。在实践中，如果没有明确的指示用于强调证据的审判标准，那么警察部门在改革的意图上就变得不是那么强烈。其实，证据成为审判首要原则是市场经济的要求。市场经济要求法制健全，法制健全必然要求司法制度体现公平正义。司法的公平正义要求审判的标准是客观的，客观标准体现在证据确定无疑的特质上。以“事实清楚”作为审判标准更多地体现了主观的含义，无论从理论上还是司法操作实务上，都不能说“事实”本身是个客观的概念。犯罪事实是过去曾有的过程，真实状况要靠证据再现，不是仅靠人的言辞陈述的。言辞是记忆的再现，语言表达更易受主观影响。因此，“事实清楚”是个充满矛盾的概念，是一项无法实现的要求。以“事实清楚”作为审判的依据，不但实现不了审判的客观公正，还会阻碍公众对司法审判的信任。审判的规则不能是模糊的概念，必须是确定的、有实现可能性的规则。

七、符合证据链完整性要求的证据操作规范

符合证据链完整性要求的证据操作规范，是对证据操作的合法性、真实性和关联性的综合要求。同时具备了这三项要求的证据操作规范，才能保障案件中的证据具备完整证据链的条件。当然，一个案件的证据链是否完备，与参与案件调查的警察有直接的联系。证据意识强、专业技术能力卓越的警察，在案件处理中更容易实现证据链的完整性效果。

基于审判的现实状况，对证据要求过高势必造成很多案件不能起诉。改革必然是向着完善的方向发展的，从“以事实为根据，以法律为准绳”的审判指导思想到“事实清楚，证据确实、充分”的改变已经是跨越了一大步。装备警察机构、改善警察的物证技术水平、改变警察的案件调查意识需要一个过程。但是，公众对审判公平正义的呼声非常强烈。笔者只是希望改革继续进行，在一些发达的地区先实施起来，从而推动整个法制的变革。毕竟，一些发达地区的技术装备和人才储备已经具备了进一步完善证据审判制度的条件。

第四章　从法庭审判角度审视司法鉴定和司法鉴定人

司法鉴定和司法鉴定人的行为在法庭上是重要的证据制度的组成部分。司法鉴定在法庭上具有不容置疑的地位,当事人想要推翻鉴定结论不是一件容易的事情。司法鉴定的结果常常直接决定审判的结果。鉴于司法鉴定的特殊意义,它在我国的司法实践中处于至关重要的位置。

第一节　法庭中的司法鉴定和司法鉴定人

法庭中的司法鉴定和司法鉴定人是主要的争议焦点之一,并不总是被认可的。在不被认可的情况下,司法鉴定的过程和结论就需要在法庭上进行解释。司法鉴定人负有解释其鉴定原理、鉴定方法、鉴定过程和鉴定结论依据的责任和义务。

一、检验结论确定性的要件

法庭中的司法鉴定解决的是证据的专业问题,依据的是科学原理和科学技术手段。针对一项证据的检验,需要经过司法鉴定的物证检验程序,这个程序一定是依科学原理设置的。检验所依据的科学知识一定要是成熟的科学理论,不成熟的科学理论因为无法论证,所以不能被用于司法鉴定的检验。无法从科学原理上论证一项证据检验,就意味着无法对已经检验过的物证进行再检验,检验结论就会失去确定性。某项检验虽然具有成熟的科学理论,也只是说明该检验的结论具备了确定性的条件。一项检验结论是否属于确定性的结论,取决于以下条件:检验人员是否掌握了足够的科学知识;检验人员是否采用了可靠的检验方法;检验人员分析和论证检验数据是否正确;检验人员有无受到某种因素的影响,有无公正地对待证据。只要有一种因素出现问题,这项检验就不是确定性的。

二、鉴定报告不能等同于证据

实践中的司法鉴定检验报告存在的不确定因素较多,大陆法系国家一般将鉴定报告直接作为证据使用,英美法系国家则从不直接将其作为证据使用。虽然我国在刑事审判上属于大陆法系的审判模式,但是诚信制度的建设与德国、法国等却相去甚远。在诚信无法得到保证的情况下,兼听则明,需从正反两个方面对证据检验进行论证。所以,我国是否适合采用大陆法系的审判模式值得讨论。一份证据检验报告被以书面的形式提交到法庭,从证据的本质看,证据本身不能证明自身的证明力和合法性以及鉴定过程中不存在违法鉴定行为。从这个层面看,这份纸质文件无疑并不必然是证据,只是证据的提交形式。真正的证据是鉴定专家的证词,也即专家证人的言辞证据。虽然证据检验报告中也记录了专家证人的言词,但是内容描述极度简化的检验报告常常不能涵盖专家证人应有的作证范围。所以,专家证人针对需要运用专业知识进行检验的证据,根据自己的检验在法庭上所作的陈述,包括质询中对提问的回答,才是完整意义上的证据。在英美法系国家,专家证人一定要在法庭上直接陈述其言辞证据,即使他已经书写了鉴定报告。在我国,专家证人以证据检验报告的形式替代法庭的亲述证词所占比例非常之高,这不是法官愿意见到的事实。如果一份证据检验报告就是证据,那么针对一个证据作出 n 个检验就有 n 个证据。这是违背自然科学逻辑的。这个问题的实质体现了观念上的错误。证据检验人员犯有这个错误,理所当然地认为自己的检验报告就是证据。当事人也犯有这个错误,认为司法鉴定是科学的、权威的,是专家做出来的,不可能有问题,鉴定报告理所当然就是证据。即使把鉴定报告作为证据,也只能是衍生证据,是从所检验的那个物证衍生来的。检验报告是专家通过检验,对物体或物质的证据意义所作的陈述。从这个概念看,鉴定报告是专家证人的言辞证据。然而,观念上的错误不是凭空而来的,也是由鉴定文书的形式所误导的。我国的司法鉴定文书名义上是由多人检验作出的,第一、第二鉴定人,加上一个可能没有参与检验的复核人,文书上加盖不止一处的鉴定机构的印章,包括在标注文书号的地方、鉴定机构落款处以及文书边缘的骑缝印章。这种形式的目的是让人确信它是权威的、有保障的,除此之外无法说出还有什么其他的意义。这种形式,从表面上看,就是明确认可鉴定文书本身就是证据的事实。如果鉴定报告上只有一名鉴定

专家的个人签名，没有标明机构的法人行为，那么必然需要在法庭上确定专家的意见是否正确、是否符合科学的逻辑。所以，司法的公正必然是建立在对证据的正名上的，法庭审判迫切需要对证据检验报告进行正名；否则，这种误解及其对法庭带来的干扰和不利影响是深刻而又长远的。

三、为司法鉴定正名是解决司法鉴定乱象的关键

在实践中，司法鉴定在很多时候正在成为干扰司法公正的因素。这是因为，司法鉴定在法庭和法律上被给予的地位太高，被赋予了某种程度上的直接证据意义。但是，鉴定机构和鉴定专家的诚信并不是完全有保障的，主要表现在：

1. 利用司法鉴定摆脱行政责任

警察审讯犯罪嫌疑人，或者囚犯在关押中，有时会发生伤亡事故。为还原事件真相，司法机关会利用司法鉴定来确定事件是源自行政责任还是伤亡者自身的疾病因素。司法鉴定机构及司法鉴定人是否会客观公正地对待检验，是否受到干扰等，没有人能够确保这不会发生问题。伤亡者是不被允许聘请专家再次检验的，也没有鉴定人敢于接受私人的委托并出具专家意见，否则会被加上伪证和妨碍司法或者执法的罪名。无论受谁委托，鉴定人无非是本着个人的专业知识和职业道德进行检验。这项检验的证据意义应当是在法庭上表现的，不是用盖有红色印鉴的文书表达的，也不可以作为所谓的“法律武器”直接拿来使用。遗憾的是，在现实情况下，证据的检验报告显然成了直接使用的法律武器。

2. 利用司法鉴定侵犯人权

常常有这样的报道，某政府机关为了对付坚持己见的上访者，单方将上访者骗到司法鉴定结构进行精神病的鉴定，借机将上访者送入精神病院。这也是将司法鉴定结构作为一种法律武器来使用。导致这样的结果，挨骂的不仅是政府机构，还有为虎作伥的鉴定机构。司法鉴定结构面对政府的要求还能有什么选择？如果不是法律赋予了司法鉴定这样不正常的地位，司法鉴定人又如何会遭遇这种尴尬？

3. 利用司法鉴定结果加重或者减轻当事人的法律责任

经常有当事人用人情或贿赂干扰司法鉴定人，让其在司法鉴定时违背事实，作出不正确的结论，或者故意不给出明确的鉴定结论。其目的在于，影响法庭以加重或者减轻一方当事人的法律责任，在赔偿或者调解中取得

优势地位。之所以会有这种干扰鉴定人的现象存在,根源仍然在于司法鉴定在法律上的不正常地位。

四、充分质询是检验专家证词的保障

证据及其检验结论无论具有何种证明作用,在法庭上并不必然具有确定性。诉讼法所规定的证据质询才是证据具备证明作用的条件。证据检验无论是由什么单位、什么人作出的,无论采取多么先进的技术条件,都必须经过质询才能使得法官及法庭中的其他人内心确信这项检验具有确定性。然而,我国现实的状况是,对证据检验的质询并不具备实现的条件。其原因有四个:

1. 司法鉴定辅助人的缺失使得证据检验的质询产生了不对等

一方当事人的诉求有鉴定人的鉴定结论支持,另一方当事人对此有异议时,面对的是鉴定专家。如果弱势的一方不能申请专家对证据检验的质询给予协助,双方面对专业证据的质询力量是不对等的。这种状态如不改变,证据质询的公平正义就无法得到体现。

2. 鉴定报告内容简陋到不具备质询的条件

鉴定报告在内容的核心部分高度概括,或者仅仅表述鉴定或检验的结果。这样,质询的时候无法了解检验的过程和论证,因此没有办法找出鉴定或者检验的问题所在,导致质询无法开展下去。

3. 鉴定报告出自法人之手,使得检验结论具备了官方的性质

官方的性质意味着权威性,鉴定或者检验被认为赋予了较高的地位,意味着质询就是挑战权威。这显然也是不应该出现的状况。

4. 法庭对检验人员低水平的出庭现状的宽容,使得质询失去了公平性

法庭对鉴定人出庭接受质询时表达简单、似是而非甚至自相矛盾的行为给予了较大的宽容,造成了双方质询地位的不平等。上述原因所导致的质询低效率或秩序上的执行不能,破坏的是司法的公平和正义。

五、扩大使用专家辅助人的范围是实现充分质询的条件

司法鉴定检验报告被提交到法庭上,并不必然具备证据的效力,是否能够成为确定性的证据需经过充分的质询。这是法的自然属性所决定的。在我国审判现实中,人们倾向于认为鉴定结论来源于科学,其权威性不容

置疑。这显然违背了法庭审判的本意。在法庭上,必须允许另一方当事人也聘请相同专业的专家出庭,才能真正实现证据检验结论的质询。现实中,司法鉴定专家隶属于鉴定机构,虽然法律没有限制一个司法鉴定专家可以以个人的身份作为司法鉴定辅助人出庭接受质询,但多数鉴定人没有接受过私人委托充当司法鉴定辅助人。即使鉴定专家知道可以以私人身份接受委托,以司法鉴定辅助人的身份为法庭服务,但对自身的性质没有正确的认识。同时,人情社会是中国的传统,司法鉴定专家个人通常认为以司法鉴定辅助人的身份出现在法庭上,对另一个司法鉴定人的工作指出问题,是违背人情、有碍情面的,是同行拆台的行为。笔者认为,这样的现状持续存在是不利于司法鉴定朝着正确的方向发展的,同时是与司法鉴定人的职业道德相违背的。对有问题的证据检验,专家在需要的时候不提供帮助,任这种不公平的现状持续存在,甚至维护错误的鉴定结论,司法鉴定发展的步伐就会停滞不前,司法鉴定人的职业道德也会持续停留在低水平上。当司法鉴定辅助人的使用成为一个常态之后,这个因人情而违反职业道德的矛盾也就不复存在了。随着司法制度的发展和进步,司法鉴定辅助人使用的频率会越来越高。

第二节　司法鉴定人

我国的司法鉴定人并非处于突出的地位。显示在鉴定文书中的首先是鉴定机构,而不是鉴定人。鉴定人在法庭上的作用是微乎其微的,即使鉴定人想履行职责,在法庭上详细阐述鉴定的实质及鉴定过程,法官有时候也会以对专业问题不甚了解为借口,拒绝鉴定人对专业问题进行解释。无论如何,鉴定人的工作不应该是这样一种状态。

一、个人负责制是检验结论具备确定性的条件

我国司法鉴定的现实状况是,虽然鉴定人个人在司法鉴定文书上签名,但是所有的证据检验结论都出自法人,而不是个人。从司法鉴定的本质看,科学检验依据的是鉴定人个人的知识和技术,技术条件可以是司法鉴定机构所拥有,但专业知识和技术条件的使用权掌握在个人手中。这和我国的传统是相一致的,相信机构,而不相信个人。这样对司法鉴定人的管理可能比较有利,但对于证据检验结论的质询却是不利的。首先,证据

检验虽然使用的是机构的实验设备,但检验行为不是单位,而是鉴定人个人实施的。对检验数据的分析也是由鉴定人这个自然人进行的。在证据检验报告的法庭质询阶段,单位无法派领导或者法人代表到法庭接受质询,而只能是检验实施者上法庭接受质询。单位就算是可以派法人代表出庭,也无法针对检验的过程和结论进行准确的描述。例如,在医疗纠纷案件中,在法庭上对医疗过程质询,出庭的常常是医院的行政管理人员,虽然他们对医生的医疗行为一无所知。这种针对医疗行为的质询几乎完全是形同虚设的。同样,刑事案件中的司法鉴定,比如尸体检验报告、现场勘查笔录等,这些证据的个人色彩较淡,在法庭上对这些证据进行质询时,只有法官和被告人、被害人知道个中滋味。因此,并不能因为鉴定人有单位,就可以减轻其证据证明的责任。正是因为鉴定人有单位,才应当更加突出鉴定人的责任和义务。与证据及证据检验有密切联系的人都必须亲自出庭接受质询,只有这样才能实现审判的公平和正义。实践中,鉴定人接受鉴定委托不是直接的,而是间接的。当事人在法庭上向法官提出鉴定申请,由法院出面委托某家鉴定机构鉴定。鉴定机构接受委托之后,指派鉴定人进行具体的鉴定。这个程序从证据的本意上讲是存在问题的。无论法庭以法院的名义委托,还是鉴定机构以自己的名义接受委托,目的都在于体现对待证据的公平性。证据检验的证据的性质是专家证人在法庭上的证词,最终的作证义务主要由具体的鉴定人实施。法庭依据某个或者某些鉴定人的水平接洽具体的鉴定机构,才更加符合自然科学原理的要求。

在司法鉴定实践中,检验报告的出具方式耐人寻味。在落款部分有三个人的签名,分别为第一鉴定人、第二鉴定人、鉴定复核人,且有鉴定机构的印章。表面上看起来,似乎有三个层层把关的鉴定人还不足以保证证据检验的准确性和权威性,所以在检验文书的第一页文号、落款部位分别加盖了鉴定机构的公章,在检验文书的页边缘加盖了骑缝章,似乎这样做使得这份检验报告在权威上有了极大的提升。这种形式主义的做法与证据检验的本质是相悖的。证据检验的权威在于其揭示的证据真相的程度,方法上的卓越与完备,对检验过程、分析和结论描述的客观与对真相的忠实。即使是一项证据检验在科学手段上存在局限性,或者是检验人自己在检验中对微妙数据差异存有疑虑,仍然客观地将这些情况向法庭作出准确的说明。这样做不仅不会贬损证据检验的权威,反而会树立证据检验人员的公信和权威。这些品格才是证据检验的权威所在,其本质上体现的是对法律

与真相的尊重。在实践中,三个鉴定人参与一项检验,每个人对证据的认识、对科学原理理解的深度、操作科学方法的准确性、对检验数据的分析、判断水平与能力以及对该证据检验在法庭证据意义上的理解,都是有差别的。三个人不可能存在完全相同的意见,这和人与人的思想必然不同的科学原理是相一致的。这个状况与若干证人在法庭上就同一目击事件进行作证的原理是一样的。这些证人在法庭上描述所见证目击事件会各不相同。如果这些证人众口一词,也是违背自然作证的法则的。如果多个证人的描述太过一致,则有可能是因为证人们作证之前有过交流或相互影响,或者是恶意串通作虚假供述。这种情况下的证词,在证据的效力上会大打折扣,甚至完全不具有证据的证明效力。由于司法鉴定人最终也要在法庭上就其检验的过程和结论作证,所以由三个人签署同一份检验报告在接受质询时会存在不能解决的问题:究竟是应当三个鉴定人同时出庭,还是选派一个代表出庭?三个鉴定人同时出庭接受质询势必应当按照证人逐个单独作证的程序进行,质询的过程不仅极为复杂,而且对三个鉴定人回答的问题之间的差异是属于正常的差异还是相互矛盾的性质,法庭的判断也更加复杂化。如果由一个鉴定人作为代表出庭接受质询,那么就没有必要在当初由三个人共同参与鉴定。笔者认为,一个鉴定机构接受委托,指派了某个鉴定人之后,该鉴定人如果不确定能够单独完成这些检验,可以询问并听取其他专家的意见,但出具报告还是以一个人身份出具比较适合。为体现鉴定机构接受委托的程序,或者体现鉴定人的公正身份,鉴定人出庭时,可以出具在这家鉴定机构供职的证明文件。

二、司法鉴定人接受质询的水平是保证检验结论充分质询的条件

在司法鉴定实践中,还存在一个至关重要的问题,那就是鉴定人出庭接受质询的水平问题。这是一个阻碍检验人员出庭的重要因素。鉴定人有可能在法庭上不知道怎么说,不知道说什么,对自己的检验过程和结论不会描述和表达,甚至不知道法庭质询的真正意义在哪里。鉴定人不愿意出庭的状况甚至会导致法院与鉴定机构之间的冲突。法院与鉴定机构的矛盾突出表现在:法庭要求鉴定人出庭,鉴定机构则尽可能避免派人出庭。避免出庭的托词众多。

司法鉴定人不愿意出庭有以下原因:

（1）鉴定书本身就是证据，不愿意针对这个“证据”再说什么，以免影响其证据效力。

（2）鉴定书只是文书，有些鉴定文书的实质内容成分极少或者缺失。要实现充分的质询要求，鉴定人需要在法庭上大量描述鉴定文书中所不包括的鉴定过程和内容。对于如此之多的检验内容为何没有体现在检验报告中，鉴定人却无法作出解释。

（3）证据检验人员要在法庭上准确明了地阐述其检验报告的检验依据，使得每个人都明白检验的每个环节，并对检验结论确信无疑。这显然要求鉴定人具备高超的表达能力。事实上，鉴定机构中的鉴定人极少有出庭机会，平时缺少关于出庭接受质询的专业培训。由于鉴定人不愿出庭，导致出庭经验更少，成了恶性循环。所以，具有高超表达能力的鉴定人是非常少见的。

（4）证据检验人员对科学知识和科学原理以及证据本身的特性和证据的本质含义缺乏全面的了解和综合运用知识的能力，所以在法庭上无法作令人信服的论述。这也是制约司法鉴定人出庭的关键因素。

三、法庭允许多个检验结果存在是保证检验结论客观公正的条件

如果某个案件中针对某项证据有多个鉴定结论，可能会使法官产生顾虑。如果当事人对一项检验有疑问，法庭更愿意让当事人申请专家委员会的复核鉴定。法院通常不会允许聘请另一家司法鉴定机构重新检验。即使是司法鉴定委员会进行鉴定，它仍然是待质询的检验结论，不能等同于毫无疑问的结论。如果司法鉴定委员会的检验结论可以不加质询而直接使用，那么司法鉴定委员也同样具备了法官的职责。这与司法的本质是相悖的。然而，现实中信赖专家委员会鉴定意见的现象仍然大量存在，其原因在于证据检验的质询制度不完善、不充分。诉讼法明确规定鉴定结论（或者意见）是证据，司法实践中的操作必然会存在种种问题。笔者认为，当事人无论聘请多少鉴定机构的鉴定专家对一项证据作出检验结论，都应当得到法庭的允许。这样既尊重了当事人的权利，同时也可以使那些作出不同检验结论的专家在法庭上对自己的依据加以阐述，更加有利于法官和当事人对其作出判断。

第五章　专家证人出庭质询科学性的探索

专家证人有两种：司法鉴定人和专家辅助人。我国的司法鉴定人的产生是基于法庭的委托，专家辅助人是基于当事人自己的委托。两者均是针对专业证据，依据专业的知识及科学技术方法出具专家意见。这两种专家证人在本质上并无区别，但由于我国司法实践对鉴定结论的证据性规定而不得不对其作出区分。司法鉴定结论具有直接的证据效力，从而导致在某种程度上司法鉴定人履行了法官的职责。鉴于实践中有鉴定结论发生错误的现象，法律不得不补充规定了当事人可以申请司法鉴定辅助人协助质询。

第一节　专家证人出庭在证据本质上的意义

证据质询的本质就是解释证据。证据本身不能说明自己的真伪状态，不能说明与案件的关系，不能直接证明案件曾经发生的经过。所以，需要对证据本身的属性及其包含的与案件之间联系的内容进行说明，才能实现法庭证据的质询目的。

一、证据不会说话

一直以来，有种“证据会说话”的说法。无论这个说法正确与否，证据具备完善的证明作用不是直接的，也不是一个简单的过程。比如，杀人案件最终形成可以在档案室里长期保存的卷宗，必需的构成要素包括犯罪嫌疑人的供述、杀人工具、尸体。只要具备这三样要素，杀人案件就成立了。其他的证据只是多多益善而已。这种要求从字面上找不出错在哪里。为什么错案看似构成了全部的要件，但并不能保证案件是正确的？错案的产生原因在于这些证据的真实性与关联性并不确切。不能说杀人案件中有把刀子随案移送，就能够证明犯罪嫌疑人使用了这把具体化为刀子的作案工具杀了人。即使刀子上有血，仍然不能说明其确实是作案工具，或者是

残害本案受害人的犯罪工具。也不是说案件中发现了尸体,就能直接说明该尸体是该嫌疑人"制造"的。这些必需的案件构成要素即使完全具备也不总是符合要求,赵作海案件中甚至连杀人工具都没有。

二、证据灵魂的产生条件

当案件中发现的实物证据确信无疑对案件产生具有证明作用的时候,该实物证据便有了灵魂。这个灵魂是卓越的科学家——物证鉴定专家赋予的。解释证据需要运用专业知识,只有运用医学、物理、化学、生物学、数学等专业知识,才能正确地、令人信服地解释证据的状况,表明其与案件关联性的意义。专家存在的理由显然是解释专业证据的真实性和与案情的关联性。

三、赋予证据灵魂的方法

赋予物品或者物质的证据灵魂,是一项科学、严谨的活动,不是制作鉴定书——带有证据外貌的另一件物品。但是,现实中却是以鉴定书这种文书形式的物品赋予其他证据证明作用。这种现象无论是由审判制度导致的,还是其他什么原因导致的,都是对个人权利和法庭不负责任的状态。虽然鉴定结论在各个诉讼法的证据规定中被规定为一类证据,但常常起不到应有的证明作用。当事人看不懂,法官也看不懂。鉴定书的关键内容部分的表述已经到了不能更简单的程度。据鉴定人的说法,鉴定书内容越简单,鉴定人和鉴定机构越不容易被抓住把柄。鉴定的作用不仅仅是有利于法庭审判,还有一个层面就是有利于脱清自身的责任。鉴定是对证据的检验意见,不同的人会出具不同形式的鉴定书或者检验报告。从科学本质上讲,鉴定结论完全不是实物证据,而是关于解释证据的专家言辞证据。鉴定意见是依据证据得出的,如果鉴定意见是证据,那就是在所鉴定或者检验的证据之上另外制造出来一项证据。这是非常荒谬的。

笔者在上文已经论述了证据与可接受证据的关系。这是因为,证据并不会说话,证据只有借助专家才会说话。专家不但要让证据说话,还要让证据把话说得充分、彻底。与刑事案件工作有关的公职人员在现实的司法审判实务中,并没有这种意识。法院生效判决的卷宗中形形色色的证据,并没有充分展示应有的证明作用。案件承办人通常认为证据存在的本身就是证明,虽然不清楚证明结果产生的过程,证据依然有明确的证明结果。在关于证据方面的逻辑思维上,表现出幼稚和低水平的状态。很少有专家

参与证据的检验和分析,将证据的证明过程及其所包含的逻辑状态揭示出来。因此,几乎没有多少证据经过充分的检验和分析。

2012 年 9 月 27 日的《南方周末》法治版刊登了一篇文章——《审外国人,展示了中国法制形象》,介绍了 13 名证人出庭作证的情况,其中有这么一段的描述:"一位当天出庭作证的泰国女证人告诉南方周末记者,她在泰国也曾多次出庭作证,但泰国的检方和律师会详细盘问她'从事 DNA 鉴定多长时间了''此次提取 DNA 的过程是怎样的'等等程序性的问题,而中国法庭的提问则直奔主题。"这种针对专业问题直奔主题的质询方式不是个例,而是普遍的情况。这种质询形式显然不利于实现真正意义上的质询目的,更不利于找出鉴定中的问题。

关于证据的质询,在若干个司法解释中只有原则性的规定,并没有针对证据质询真正需要的可操作的程序性规定。研究现有的民事审判关于证据法律和刑事案件审判涉及证据的法规性规定,所有证据性的规定表明,证据质询不是立法的核心内容。刑事证据的法律性质尤其如此。立法中对处理证据的公、检、法的承办人关于证据的审查,几乎是证据立法的核心内容。但是,在正规的高层次法律中看不到这一点,如《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》。质询在法律中只是处于次要地位的法律性规定。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》规定了质询的情况、原则及方法。质询的情况表现在第 47 条第 1 款的规定:"证据应当在法庭上出示由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。"从这个规定看,证据质证主要表现在"出示",那么质证的证据范围应当仅仅限于物证。关于证据出示并经质证的情况是否包括鉴定书,从审判实践中可以看出是包括在物证质证的范围里面的。关于物证质询的限制性规定表现在第 49 条的规定,对物证进行质询时,当事人有权要求出示证据的原件或者原物。人证的质询情况表现在第 55 条第 1 款的规定:"证人应当出庭作证,接受当事人的质询。"对人证的限制性规定表现在第 53 条第 1 款:"不能正确表达意志的人,不能作为证人。"关于该法条何以将"正确表达意志"作为证人的基本条件,笔者对此迷惑不解。根据心理学上的概念,意志是指人自觉地确定目的,并根据目的调节支配自身的行动,克服困难,实现预定目标的心理过程。意志是人类心理活动的三种基本形式之一,也是认识世界的主观意识过程的最后阶段。人的心理活动的过程为认知、情感、意志。意志是一种非中性的、能动的、创造性的反映活动。意志的品质

特性就是意志在对人的行为驱动过程中所表现出的动力特性,它主要取决于主体的行为价值关系变化的动力特性,反映了人的行为价值的目的性。证人作证需要的只是认知与表达能力,中性地表达所感知的案件情况。因此,将正确表达意志作为证人的条件,不仅仅说明在法条用语的选用上非常随意,而且在立法的科学性上违反了心理学上的自然规律。证人作证不需要将自己的意志向法庭表达,需要在法庭上表达的内容不能含有意志因素。如果含有意志因素,意味着含有主观意图,证人的证言就是不可信的。笔者认为,只需证人能够正确表达即可,正确表达是保证证言准确性的必要条件。虽然能够正确表达的证人证言不见得可靠,但是不能正确进行意思表达的人不具备作证的基础条件。

证人作证的要求表现在第 57 条的规定:"出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。……证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。"对证人质询的要求限于证人与当事人有无利害关系(见第 65 条第 5 项)。另外,对证人的个人条件的具体要求见第 53 条第 2 款的规定:"待证事实与其年龄、智力状况或者精神状况相适应的无民事行为能力人和限制性行为能力人,可以作为证人。"笔者对第 53 条第 2 款规定的立法意图感到疑惑,证人只需就其感知的内容如实描述即可,至于需要证明的东西为何物无须理解,待证的事实也无须与证人的"年龄、智力状况或者精神状况相适应"。这里的"相适应"究竟是一个怎样的概念?是指能够为证人所理解,还是指待证的事实必须是与无行为能力人和限制行为能力人所能够实施的行为相当的一种行为?完全行为能力人的行为不是指其所有的行为都能够令无行为能力人所理解、所熟知。无行为能力人和限制行为能力人在不理解某些行为的情况下也不会影响其依据自己所感知的情况作证,他完全可以证实超出其行为能力的行为事实。

物证如何质询的程序表现在第 51 条第 1 款的规定:"质证按下列顺序进行:(一)原告出示证据,被告、第三人与原告进行质证;(二)被告出示证据,原告、第三人与被告进行质证;(三)第三人出示证据,原告、被告与第三人进行质证。"这些规定只是当事人提交证据予以质询的先后顺序的规定,算不上证据的质询程序。法律应当对质询的实质内容作出规定。例如,询问方的问话内容和方式,回答质询的内容和方式等。质询的程序应当是围绕证据合法性、真实性和关联性的具体操作程序和规范进行。由于体现证据三个属性的规范缺失,证据的质询形同虚设。比如,在法庭上如

何质询才能使得出席法庭的人充分相信证据具有合法性、真实性、关联性？笔者认为，如果证据的发现、提取、运送、检验等操作程序严格按照法定的程序操作，令人相信在各个环节未曾脱离监管，证据被认真负责地保管和对待，操作过程中符合科学严格性的要求，那么就有理由相信证据是合法和真实的。证据本身有科学的依据，能够严谨地证明案件事实，在建立证据链条中能够最大限度发挥形成链条完整性的作用。这种情况下，证据对于重建案件事实的关联性就是可靠的。这个关联性符合完整的逻辑要求，不是那种跨越逻辑和推理的主观想象性的结论。我们不能把可能与案件没有关系的刀子假想为案件中的作案工具，也不能想象一个只有人证而没有物证的案件能够成立。

人证如何质证表现在第58条："审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理；询问证人时，其他证人不得在场。人民法院认为有必要的，可以让证人进行对质。"从该条款的规定中可以看出，对人证的质询方式有两种：询问和对质。笔者认为，人证的质询程序等于缺失。人证质询应当围绕证言的真实性进行，对人证真实性的质询体现在证人言辞的逻辑、证言内容是否体现科学及常识的一般规律，证言自始至终有无相互矛盾的地方，证人出庭作证的目的和动机，证人的品格是否良善，证人的自由陈述有无受到干扰，等等。如果对人证的质询限于询问，必然导致询问漫无目的，没有明确的方向。如果对人证的质询限于对质，势必使得证人之间相互干扰和影响，不利于澄清案件事实。由于人证受主观因素影响较多，证人的记忆容易受到暗示，易受他人的意见影响而发生变化和歪曲，让证人之间进行对质并不能实现质证的目的。

关于对专家意见的质询在第59条作出了规定："鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人质询。"鉴定人应当出庭是强制性规范，应当对鉴定人拒绝出庭的后果作出诸如鉴定意见不被接受等不利结果或者惩罚性的规范，作为保障鉴定人出庭的条件。但是，该法条第2款所规定的"因特殊原因无法出庭"可以书面答复质询的例外，让该法条成为无用性条款。从鉴定人的工作性质看，无法出庭的"特殊原因"基本不存在。书面答复质询无法满足查明鉴定意见是否可以接受的质询要求，书面答复内容可以事先预定，可以回避问题的实质，可以答非所问。所以，书面答复很可能成为应付质询的形式，根本无法满足质询的需要。

质询的程序规定应当体现科学性,有可能影响证据的真实性、合法性和关联性的所有可能性因素都应当在质询中表现出来。这是关于证据质询的实质性的要求。关于证据质询的要求在第50条中有所表现:“质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小,进行质疑、说明和辩驳。”该法条规定质询的中心是证据的真实性、关联性和合法性,质询的目的是确定证明力的有无和大小,质询的方法是“质疑、说明和辩驳”。证据质询不仅仅是为了确定证明力的大小和有无,更是为了确定证据在本案中是否可以被采信。证明力的有无和大小是证据本身的性质,其量度没有客观标准,只是一种主观感受,判断的标准容易导致随意性。比如,侦查机构关于某个案件出具了一份法人身份的说明——“案发及抓捕经过”。那么,这个“证据”本身是否能够成为呈堂的证据?该“案发及抓捕经过”的证明力对于证明犯罪嫌疑人的犯罪行为来说是有还是无?证明力是大还是小?该依据何种标准判断其证明力的有无和大小?对于这个法人身份的说明该如何质询?行政机构的说明性文书形成的基础和过程以及说明中的抓捕内容是否符合实际情况?辩护方无法采取有效的方法质疑和辩驳。笔者认为,该说明性的文件不能够成为证据。因为抓获犯罪嫌疑人并当场从其身上搜出赃物的行为本身是自然人的行为,应当由实施抓捕和搜获赃物的警官出庭作证,才具备了证据的基本要素。警官针对自己的职务行为出庭作证也才具备了质询的条件,可以对抓捕或者取得赃物的具体过程进行质询。因此,质询的目的以及所希望达到的质询标准,一定要依据证据证实案件的合法性、公正性的作用予以明确。

第二节　鉴定专家的证明内容

证据检验的内容是证据的真实性和关联性,检验的行为必须符合法律规范和技术操作规范。目前的法律规范中关于证据的操作规范几乎没有完备的规定,证据检验处于发展的初级阶段。

一、证据本质决定需要重点质询的内容

质询的重点之一在于鉴定的方法、过程和结果的推论。检验的方法是不是现实中正在运用的成熟的方法?如果是新方法,这种方法的可靠性如

何？仪器的性能如何？重点之二在于检验中的发现：数据、图像、图表。这些检验结果是否表现为正常的阈值？有没有异常的现象？重点之三在于对数据或者图像的分析及其与结果的因果关系论证。分析的方法是否正确？论证是否符合科学的逻辑？如果自信这一切没有问题，法庭质询一般也不会有问题。如果律师引发的是深层次的质询或者引入有经验的专家辅助人，鉴定专家必须考虑作出更加专业的回答。

二、深层次的质询

深层次的质询包括以下一些方面：(1) 检验物证的证据锁链问题。证据的检验有没有记录并链接到物证的存储状态？检验取用物证的状况、检验完毕物证的去向等显示证据运转的连续性。(2) 检验方法的科学性、普适性和稳定性。检验的方法是否为成熟的技术方法？其他的科学家是否也可以掌握并运用这种技术方法？一旦有某种技术方法被运用在物证检验上，必须保证其他的科学家能够检验已经存在的物证检验。(3) 质询数据、图表或者图像的来源及获取方法，并对与鉴定结论密切相关的地方加以解释。(4) 检验所见与结论之间的因果关系的阐述应当有科学的逻辑性。目前，我国的鉴定情况在结论的逻辑推导上缺乏科学、完整的逻辑性。鉴定书或者检验报告上的结论没有推导的过程，或者这个过程的描述非常模糊。常见的鉴定书原文如下：

文检鉴定意见书

××司鉴中心[2008]文鉴字第 A-450 号

一、基本情况

委托机构：上海市××区人民法院

鉴定事项：笔迹检验

受理日期：二OO八年八月二十日

鉴定材料：

检材：

署期“2001 年 9 月 21 日”、“2004 年 1 月 5 日”、“2004 年 1 月 8 日”、“2004 年 1 月 10 日”、“2004 年 1 月 12 日”、“2004 年 1 月 17 日”、“2004 年 1 月 20 日”、“2004 年 2 月 18 日”、“2004 年 3 月 5 日”、“2004 年 3 月 12

日”、“2004年3月16日”、“2004年3月30日”、“2004年4月16日”、“2004年4月22日”、“2004年4月24日”、“2004年4月27日”、“2004年4月29日”、“2004年4月30日”、“2004年5月3日”、“2004年5月15日”、“2004年5月17日”(3400.00元)、“2004年5月17日”(350.00元)、“2004年5月31日”、“2004年6月5日”、“2004年6月18日”、“2004年6月19日”、“2004年7月3日”、“2004年7月9日”、“2004年7月17日”、“2004年7月20日”、“2004年7月26日”、“2004年8月3日”、“2004年8月10日”(1000.00元)、“2004年8月10日”(8000.00元)、“2004年8月19日”、“2004年8月31日”、“2004年9月20日”、“2004年10月11日”(1000.00元)、“2004年10月11日”(3400.00元)、“2004年10月14日”、“2004年10月18日”、“2004年11月1日”、“2004年11月3日”、“2004年11月17日”、“2004年11月23日”、“2004年11月25日”、“2004年11月30日”、“2004年12月7日”、“2004年12月15日”、“2004年12月17日”、“2004年12月20日”、“2004年12月29日”、“2005年1月13日”、“2005年1月21日”、“2005年1月25日”、“2005年1月28日”、“2005年1月29日”、“2005年2月1日”、“2005年2月18日”(3400.00元)、“2005年2月18日”(3600.00元)、“2005年3月5日”、“2005年3月11日”、“2005年3月19日”、“2005年3月25日”、“2005年3月30日”、“2005年4月15日”、“2005年4月16日”、“2005年4月21日”、“2005年4月22日”、“2005年4月26日”、“2005年5月2日”、“2005年5月12日”、“2005年5月16日”(3500.00元)、“2005年5月16日”(5000.00元)、“2005年6月9日”、“2005年6月14日”、“2005年6月20日”、“2005年7月19日”、“2005年7月20日”、“2005年7月25日”、“2005年8月13日”、“2005年8月18日”、“2005年8月22日”、“2005年8月30日”(1000.00元)、“2005年8月30日”(3000.00元)、“2005年9月5日”、“2005年9月14日”、“2005年9月19日”、“2005年9月29日”、“2005年10月5日”、“2005年10月11日”、“2005年10月19日”(1000.00元)、“2005年10月19日”(3500.00元)、“2005年10月26日”、“2005年11月17日”、“2005年11月18日”、“2005年11月28日”、“2005年11月30日”、“2005年12月26日”、“2006年1月12日”、“2006年1月19日”,主管签名“[illegible]”的《暂支单》各一张(原件,101页)。

以上检材复印件附后

样本：

1. 署期"2001年10月1日至2001年10月31日"、"2002年12月1日至2002年12月31日"、"2003年2月1日至2003年2月28日"、"2004年8月1日至2004年8月31日"、"2005年4月1日至2005年4月 日"、"2006年4月1日至2006年6月30日"，广州××经贸发展上海有限公司的会计凭证各一册（原件，6册）。

2. 署期"2008.10.8"、书写人"王××"的笔迹样本材料三张。

以上样本复印件附后

鉴定要求：检材《暂支单》上的正文笔迹和类似""、""或""的签名笔迹与样本材料上类似笔迹是否为同一人书写

鉴定日期：二OO八年十月二十七日

鉴定地点：华东政法大学司法鉴定中心实验室

二、检验分析

检材上类似""、""或""的签名笔迹，字迹清晰可辨，笔画呈连笔书写现象，书写速度表现一致，书写水平较高，特征反映良好，具备鉴定条件。检材上的正文笔迹书写水平较高，特征反映良好，具备鉴定条件。

样本材料一上类似""的签名笔迹的字迹有连笔书写，运笔速度较快，书写水平一般，特征反映稳定，具备比对条件。样本材料二上的笔迹书写速度较慢，快速书写连笔书写状况表现一般，具备比对条件。

通过比对检验，发现检材上类似""、""的签名笔迹与样本材料一上类似""的签名笔迹在笔画搭配、连写形态、运笔趋势等稳定特征方面表现相同，反映了同一人的书写习惯。检材上类似""的签名笔迹存在于署期"2004年3月12日"《暂支单》上，与样本材料上"王××"的签名笔迹在笔画搭配、连写形态、运笔趋势等稳定特征方面存在重大差异，表现为不同人的书写形式。检材上的正文笔迹与样本材料二上的笔迹在笔画搭配、连写形态、运笔趋势等稳定特征方面表现相同，表现为同一人的书写习惯。

三、鉴定意见

署期“2004 年 3 月 12 日”《暂支单》上的“ ”签名笔迹与样本材料上类似“王××”的签名笔迹系不同人所写；其他检材《暂支单》上类似“ ”、“ ”的签名笔迹与样本材料一上类似“ ”的签名笔迹系同一人所写。检材上的正文笔迹与样本材料二的笔迹系同一人所写。

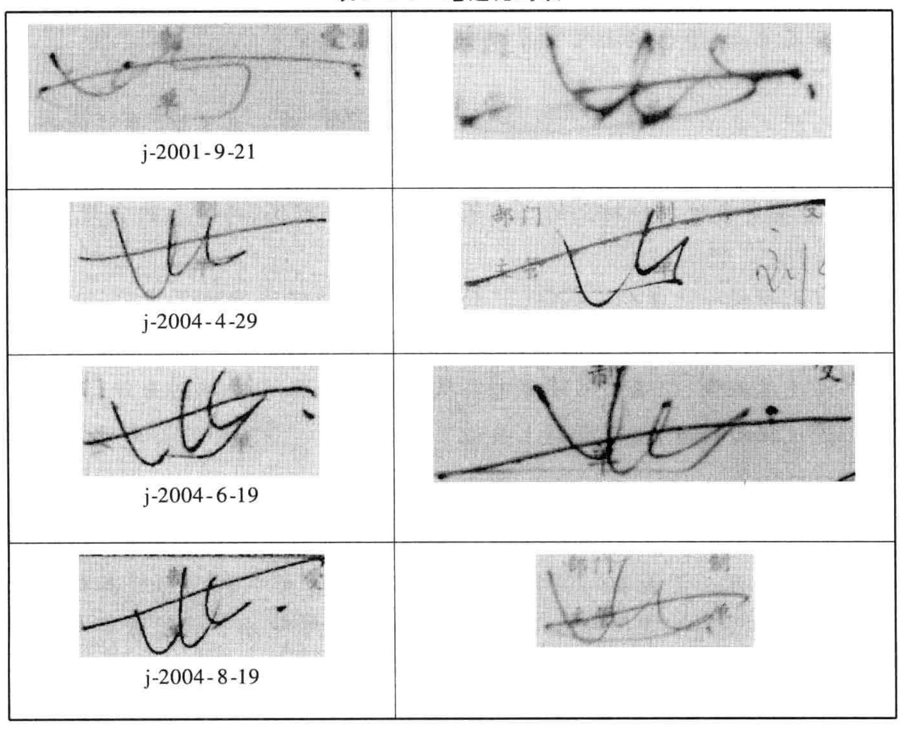
附注：送检材料一并退回

审核人：×××　　　　鉴定人：×××

执业证号：×××××××××××　　　　执业证号：×××××××××××

二〇〇八年十月二十七日

表 5-2-1　笔迹比对表



（续表）



（续表）


y-2

上述鉴定案例是笔者曾经鉴定过的一个案例。貌似规范的鉴定文书同样存在常见的证据检验的问题。鉴定人不是不想做得更好，不是不希望检验的方法和过程更加符合科学规范，而是鉴定机构统一安排了文书书写形式，并且要求鉴定文书的内容描述越模糊越好，不允许鉴定人个人发挥。

这样，可以最大限度地避免在法庭上被找出问题。这种物证的检验几乎不带鉴定人的个人色彩，完全表现为一种程式化的法人行为。

三、专家辅助人证明的内容

专家辅助人需要证明的与证据有关的内容，包含了与证据有关的所有方面，诸如取证的合法性、证据的真实性和关联性、证据检验的可靠性及合法性、证据链的完整性。取证的合法性是指证据在提取的过程中有没有对证据造成污染和破坏；证据在保管的过程中有没有导致霉变、损坏、性质发生变化等；证据在传递的过程中有没有脱离责任人的管理等。证据的真实性是指证据在整个操作过程中是否表现为原始状态；检验过程中是否验证了证据的真实性。证据的关联性在证据检验中表现得最弱。比如，物证是否来源于现场，物证是否与事件有关联。证据检验的可靠性表现为有没有科学原理支持、检验的方法是否科学。

第三节　质证困难的原因

长期的审判实践活动中，虽然先前的案例对后来的同类案例具有指引作用，但多见于局部区域内且使用的范围较为狭小。多数案例中，法官仍然倾向于依据明确的法律规定。关于证据质询的问题，没有明确的法律对之有详尽、科学、符合证据自然法则的规定。因此，证据质询在审判实务中并没有形成一套体现公平、正义、符合科学的自然法则的合法质询机制。

一、诉讼法对鉴定行为的界定造成了混乱的现状

法律对质询的内容和方法没有明确规定，原本对这个问题似乎也没有必要进行规定。因为具体的证据形形色色，证据检验涉及各种学科的专业问题，运用到无所不及的技术方法，并且随着科学的进步不断发现新的学科，不断开发新的检验方法。僵化的鉴定资格认定机制使得很多鉴定被排除在法定的鉴定范围之外。笔者在实践中遇到这么一个案例：一辆出租车与一辆宾利车同向行驶，出租车变道，与宾利车相擦，直接将宾利车左后车门擦伤。宾利车的车速较快，为避让而撞上了路边的花坛，造成车子右边纵向 1/4 被切削。撞上花坛之后，宾利车继续前行，被前方灯柱撞停。因为交通法规定“弯行让直行”，所以交警认定出租车承担全部责任。宾利

车的车损评估价值为280万元。这一交通事故行政行为的问题在于：(1)警察没有考虑宾利车是否存在超速的问题;(2)警察没有进行现场拍照并绘制现场图。因此,法庭审判时,被告方出租车公司提出应当验证宾利车是否存在超速的问题时,留下的仅为一辆损毁的车子。最初宾利车车主起诉时,也许还看得出花坛的毁损状况。等到他提出鉴定时,某鉴定中心受理之后三个月才返回法庭,声称“条件受限,无法鉴定”。这时距车祸发生的时间已经十个多月,花坛的修缮痕迹几乎看不出来了。因为法院选择的鉴定机构缺乏机械专业和力学专业的专家,所以对这样一个没有现成条件的案件无法处理。但是,法院应当可以不局限于鉴定中心的设置范围,直接聘请在非鉴定机构任职的专家解决这个问题。由于这些专家没有经过鉴定资格的认定,又不在鉴定机构任职,检验的结果必然是没有鉴定机构的印章加盖在鉴定书上。这种现实状况显然影响了法庭审判,也导致科学及其实施者不能充分服务于法庭。

虽然证据的种类不能穷尽,但证据的检验以及证据检验共有的科学规范,在能够符合法庭审判的公平正义方面具有共性的特征。诸如此类的法律规定对于证据质询的正确引导有重要的意义。例如,证据的检验方法是其他人能够验证的,同种检验方法重复使用得到的检验结果是稳定的,检验的过程和推理是符合科学的自然法则的,等等。

二、能够质询的检验是法庭证据检验的必要条件

笔者认为,只要一项物证有科学的技术方法支撑,能够进行检验,检验者有相关专业的科学家身份,这项检验能够在法庭上进行科学验证,那么从证据检验的本质来讲,就应属于法庭允许的检验范围。那些僵化的鉴定资格认定让许多可以用科学方法解决的物证检验问题被排除在法庭之外。好在法律对新技术的使用并没有禁止性规定,开明的法官在法庭上还是允许新技术用于物证的检验的。

三、鉴定行为的行政性质是制约质询的重要因素

目前的鉴定机构在某种程度上承载了以前的行政性质的行为方式,为行为寻找法律依据已经变成了行为习惯。法律对证据检验的质询没有明确规定,反而成了鉴定机构裹足不前的最主要原因。同时,这个原因显然也影响到了法官,很多法官对于如何组织专业证据的质询表现得无所适

从,面对无效的质询状况也无计可施。

在我国,鉴定属于非个人负责制。鉴定书上有三个人具名:第一鉴定人、第二鉴定人和复核鉴定人,三个人具名之外另有鉴定机构的印章。造成这样的现状,根源在于我国的刑事诉讼法律、民事诉讼法律和行政诉讼法律都将“鉴定结论”与物证并列,是效力同等的证据。鉴定结论在某种程度上拥有了物证的性质。鉴于是物证性质的证据,那么鉴定书必须制作得像一份有效的官方文件。然而,实际情况并非如此。从本质上讲,鉴定书或者检验报告只是专家的言辞性质的证据,是没有必要转化为官方文件的。所以,目前法庭上的鉴定处于尴尬的位置,鉴定人出庭,虽然坐在证人席上,却本能地认为鉴定书就是正式的证据,是法人行为的官方文件,鉴定人出庭或者不出庭都无关紧要。在这种前提下,鉴定人出庭的行为表现是不会达到法庭想要的那种充分质询的结果的。

四、当事人在专业证据质询中处于弱势地位

当事人对专业证据的质询,表现得无所适从。虽然当事人感觉案件中的鉴定不是很科学,或者鉴定结论根本就是错的,但是由于缺乏相关的科学知识,不知道如何质询,不知道问题出在哪里。导致这种当事人处于尴尬境地的关键因素,是鉴定或者检验方法以及检验或者鉴定的过程通常不会表现在鉴定书或者检验报告上。当事人从鉴定书或者检验报告中只能看到鉴定结论,除此之外的内容要么缺失,要么简略到没有实质内容。这就导致当事人无从考察鉴定人所使用的方法、所依据的仪器、检验数据和图表的来源等,甚至无法了解结论的推导过程是怎样实现的。法庭质询中,鉴定人不理不睬,导致当事人或者被告在法庭上无法了解想要了解的上述问题。

解铃还需系铃人,查找专家的问题,还需借助专家。当事人没有聘请专家的意识,代理律师甚至不知道聘请专家证人的法律依据。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 61 条规定:“当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的,有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许,可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。”即使代理律师告诉当

事人需要请专家辅助人出庭,当事人也未必能够接受。聘请律师就是要解决问题,结果律师还要提议聘请专家,且专家的费用比律师还要高,何况聘请专家出庭的结果是否对己有利尚不确定。当事人本该得到专家的帮助,却只能遗憾地拒绝这种机会。放弃权利不仅仅造成个人的损失,也有碍于法庭辨明事实真相,妨碍诉讼的公平和正义。

五、鉴定专家在困境中接受质询

现实中,鉴定专家回应质询的结果时,如果在法庭上没有明显的自相矛盾的陈述,一般没有太大问题。问题大的方面在于,法庭上有专家辅助人出庭的情况。在专家辅助人出庭提出专业的问题时,鉴定专家往往难以应对。问题在于,鉴定专家对于专业问题的表述表现得水平不足,对所从事的鉴定项目和鉴定过程在理论上没有深入研究过。鉴定专家对如何在法庭上实现专业、科学并通俗地表达意见没有进行过研究,更没有经过专业训练。所以,在质询中被问到专业问题时,鉴定专家往往表现得手足无措,无论对于所提问题有话要讲还是没话要讲,均是无话可讲的状态。如果现有的法庭质询水平仍然处于没有法律或者法庭要求较高的状态下,对于专业证据的质询将长期在低水平上运作。

六、鉴定标准不完善导致质询受阻

鉴定的科学标准不完善是造成质证困难的另一个重要因素。鉴定标准是鉴定的依据,当然也是质证的依据,且是质证的主要内容。鉴定标准的问题主要包括以下一些方面:重视形式层面胜过重视技术层面;标准的制定没有充分考虑法庭上的适用性;标准不是依据证据链的完整性而制定的;生理基础的证据(如笔迹、嗓音等)仍存在内在的无法解决的问题,如生理性证据检验的客观标准。这主要是由于关于生理的科学问题尚未全部解决。即使是其他种类证据最常使用的鉴定标准,仍然显得粗糙而不实用,在法庭运用中存在诸多问题。比如,法医对轻重伤的认定中,轻伤涵盖了影响人体器官功能之外的伤害情况,但是具体的轻伤害情况却没有分类标准。同属轻伤的情况,给人体造成的伤害情况区别的幅度却很大。如果没有具体的分类标准,那么轻伤的鉴定在人体损害赔偿标准和刑事审判量刑上就失去了作用。重伤害多数情况下适用伤残等级或者工伤的标准,等级与等级之间差距很大。所以,如果伤害状态处于两个等级之间,受害者

的赔偿权利将得不到充分的保护。以上仅仅是对标准所存在的问题进行的举例,问题远不止权利保护方面,在法律的证据效力上存在的问题更多。

七、检验工作的现状也是质询困难的原因之一

证据检验的具体表现比较复杂。同样一份证据,有的人能够鉴定,有的人不能。例如,对模糊指纹、练习模仿笔迹和变异的正常笔迹,经验丰富的人可以准确地操作整个鉴定,而没有经验的人却很难给出明确的结论。因此,在法庭上对一项物证提出鉴定,如果一家鉴定机构反馈的意见是“案件的鉴定条件受限,不具备鉴定条件”,而另一家鉴定机构接受并出具了检验报告,法庭上必然要对“案件的具体情况是否具备鉴定条件”进行质询。这种情况势必导致更加专业的质询,但实际的状态并不尽如人愿。出具鉴定结果的专家未必能够针对自己的检验能力问题,向法庭提出更具有说服力的意见。

收费低、检验不充分,导致质询没有充分的依据。在上海,鉴定收费最低为 1200 元,这么低廉的收费并不意味着要解决的问题简单,有时甚至比收费高的案件还要复杂。收费低意味着要减少工作成本,简化检验的方法和过程。这种状态要满足法庭审判和专业科学知识的要求无疑是不可能的。如对笔迹鉴定,通常由鉴定人对笔迹进行观察,之后书写一份适用于每份文件笔迹鉴定的鉴定文书,就等于完成了所有的鉴定工作。根据笔迹鉴定科学的严格要求,鉴定文书必须充分展示鉴定中可以量化衡量的数据及依据,才能得出符合科学和法庭审判要求的结论。也即需鉴笔迹比照笔迹样本进行笔迹同一认定,关键的内容在于:首先要确定个人笔迹特征稳定比率,然后,再确定所有笔迹特征鉴定价值的综合状况在人群范围中与任一其他人相同的几率。确定个人笔迹特征稳定比率的方法是,以样本对照检材,样本中百分之百出现的笔迹特征、部分稳定性的笔迹特征、不具稳定性的非特征的个人书写形式,在整个笔迹书写形式中所占的百分比。然后,考察百分之百出现的笔迹特征是否在需鉴笔迹中出现,以及部分稳定性的笔迹特征在需鉴笔迹中出现的比例等。这些数据对于结论的可靠性具有重要的意义。需鉴笔迹中笔迹特征体系的综合鉴定价值的评估同样是直接得出鉴定结论的依据。但是,在鉴定现实中,鉴定标准中并不含有这些客观性的可量化数据的要求。这无疑给笔迹这种证据的证明效力和法庭质询的可操作性带来了诸多的困难。

第四节　律师或者当事人质询中经常问到的问题

律师或者当事人在法庭上针对鉴定的问题,通常会考虑从鉴定的主体资格、鉴定的合法性、鉴定的程序和操作方法上提出一些问题。这些问题通常较为浅显,不涉及问题的本质,不能够找到问题的关键。

一、鉴定机构的资质与公信力

关于鉴定机构的资质与公信力,在质询中常常涉及的有以下问题:(1)鉴定机构属私立性质,缺乏公信力;(2)该鉴定项目不属于司法机关核准的项目。

关于鉴定机构的公信力,笔者认为,鉴定机构不论是私立还是公立,公信力大小取决于管理方式。管理严格,公信力就比较好。私立机构投资人固然为私人,在分配制度上,执业的鉴定人获取的是基础工资加提成工资。公立机构通常是设在侦查机关和大专院校的鉴定机构。两种公立性质的鉴定机构有些在民事案件的鉴定中收取的费用,除了单位的少部分提成,余下的与私立性质的鉴定机构的分配形式并没有什么区别。无论是私立性质还是公立性质,在对社会的服务上,鉴定机构仍然是以追求经济利益为目标。在公信力的判断上,不能单纯以公立或私立为标准,而应当以社会信誉为标准。

但是,在法庭上,一旦确认接受鉴定委托的鉴定机构是私立性质,法庭似乎也会在意,倾向于认定其公信力比公立性质的要弱。法庭似乎认为,私立机构比公立机构更倾向于收取鉴定费为缴费人服务,或者私立鉴定机构的执业人员的专业水平要低于公立鉴定机构的执业人员的专业水平。这个问题的根源在于,物证鉴定或检验的专家意见在法庭上通常不能得到充分质询,既然在本质内容上不能辨认专家意见的可信性,那么更倾向于从形式上判断可信性。

二、关于鉴定人的资质问题

鉴定人的资质问题主要包括以下方面:鉴定人的教育背景、从业经历和从业状况。

教育背景包括学历和学位。目前,鉴定人多数没有专业学历,绝大多

数是经过短期培训从业,在从业过程中通过师徒带教和自学的方式加强所从事的鉴定项目的业务水平。很多鉴定人在所从事的鉴定项目上能够胜任工作,甚至还表现出较高的业务水平。但是,鉴定职业依据的是完整的、全面的专业知识,不但包括科学理论,而且还包括与鉴定实践紧密相关的法学知识。鉴定人不但要了解所从事的项目,而且要了解鉴定的其他项目,虽然在其他项目上并不需要足够的专业水准。因为物证的检验不仅仅是技术检验,还涉及法律上的合法、有效性。物证检验也往往不是单一的鉴定或者检验,物证可以有多个种类鉴定或者检验的价值。如一份文书,可能需要检验潜在的指印、笔迹和纸张分离的离断痕迹,也可能涉及文书形成时间的鉴定。鉴定人仅仅了解笔迹鉴定,而忽视其他方面的鉴定,势必大大削弱文书物证的利用价值。鉴定人不是工厂里的装配工,不是从事了某项操作就算完成工作了。鉴定人从严格的要求上讲应该属于科学家范畴,是有广泛、深入的科学、法律理论功底和较强的实务操作技能的科学家。关于鉴定人的教育经历和实践经历,局外人不太容易获得这些个人信息。因此,对教育背景的质询很少涉及。

从业经历和从业状况主要包括:从事鉴定职业的年限,都从事过什么种类的鉴定,做过多少案件。我们从经历中可以看出鉴定人的业务水平和经验。关于鉴定人资质的质询,最具杀伤力的是鉴定人曾有的错案经历及所造成的严重后果。这些经历说明鉴定人的业务能力存在重大缺陷,但是对这些隐秘信息的查询非常困难,律师没有特殊途径不会轻易得到。对于这些问题的质询目前很少出现,并不代表以后不会出现。

三、鉴定专业性问题的质询

在质询中,律师等在专业方面只能问一些皮毛的东西,很少涉及影响鉴定结论正确与否的专业核心问题。鉴定人在被询问到专业核心问题时往往会感到紧张,因为鉴定行业的从业者普遍缺乏理论基础,专业表述能力尚未达到应有的水平。所以,鉴定人回答问题的质量通常不能令法庭满意。法官虽然不懂专业问题,但是可以从质询中判断鉴定的可靠性,并作出适当的处理。比如,法官会询问当事人是否申请重新鉴定,或者当事人双方是否同意调解。

四、意外突袭问题

意外袭击性问题通常是指律师用专业的知识“袭击”鉴定人,考验鉴

定人的专业水平。比如一个简单案件中的鉴定案例,受害人手腕骨折,构成轻伤。律师突发性地询问:“请问鉴定人,手及手腕由多少块、什么名称的骨头构成?”鉴定人平时检验伤情,可能遗忘专有名词的名称,一时反应不过来。对此,鉴定人应该有防范的意识,不要出现冷场的局面,让法庭对自己的专业素养产生怀疑。

第五节　鉴定专家应对质询的措施

对于鉴定人来说,针对专家意见的质询不应该是一个负担。通过质询让法庭了解自己的工作是一件欣慰的事情。那么,如何把这个一直以来被鉴定人认为是负担的工作转化为轻松愉快的过程呢?笔者认为,应当做到以下一些方面:

一、鉴定人对自身应有较高的身份定位

鉴定人不应该把自己的身份定位于低等操作工,而应该定位于科学家。当然,这个定位不是凭空实现的,而是建立在渊博的科学知识基础和丰富的实践经验之上的,这是首要的条件。有了这个自身要求,必然会努力实现这个目标,进行自我培养和教育。鉴定人如果没有较高的身份定位,在工作中就无法做到游刃有余,只能算一个勉强应对工作的证据检验操作者。鉴定人可能还要遭遇内心困扰,时时怀疑自己的检验有没有问题,在惴惴不安中从事重大的证据检验和操作。对专业工作没有高标准的要求,这是一种对己、对人、对法庭不负责任的工作状态。拥有高水准的工作素养,在法庭上能够得以展示,是一件快乐的事情。

二、鉴定工作的重点就是法庭质询的重点

鉴定工作的重点就是质询的重点。也即质询的重点在于鉴定的方法、过程和结果的推论;检验中发现的数据、图像、图表,以及数据或者图像与结果的因果关系论证。如果律师引发的是深层次的质询或者引入有经验的专家辅助人,鉴定专家必须考虑更加专业的回答。这样有深度的质询也是发现鉴定人工作是否有错误或偏差的良好机会,鉴定人可以将其作为提高自己工作能力的学习机会。拥有正确的态度,是快乐工作的源泉。

三、扩展性的证据质询问题

这个问题包括深层次的质询和边缘性的质询。深层次的质询包括以下方面：检验物证的证据锁链问题；检验方法的科学性、普适性和稳定性；数据、图表或者图像的来源及获取方法，并对与鉴定结论密切相关的地方加以解释；检验所见与结论之间的因果关系的阐述应当有科学的逻辑性。边缘性的证据质询包括证据检验人员的工作责任心和鉴定方法实施中的行为恰当性等方面。这些也是鉴定人完善工作的方向。

四、专家证人回答质询的正确态度

1. 中立的地位

鉴定不是收费为人服务的纯商业交易关系，而是运用科学的原理和方法对一项物证或者一个科学的问题进行检验和论证，只对真实和科学负责。质询的结果应由法庭裁定。

2. 遵从自然和科学的法则

鉴定专家只对物证的真实性负责，对科学的检验结果负责，不受所谓的事实真相所干扰，不为某些法庭需要而改变观点，对妨碍证据检验的行为可以要求法庭作出处理。

3. 沟通的态度

在法庭上，专家证人不是单纯为了维护自己的鉴定结论，而是协助法庭了解自己的工作、证据的状况、证据检验的全过程。专家证人回答质询时，应当密切关注法官和双方当时人是否理解和明白自己的表述。质询是个交流过程，而不是与自己无关或者找茬的敌对争斗。

4. 高尚的品格

专家应当显示自己公平、尊重科学和法庭的高贵品质。只有这样，鉴定专家才是值得信任的。建立自己与法庭之间的信任关系，是一项愉快的工作。

五、质询中应当避免的常见问题

1. 沉默不语

现实中，法庭上的鉴定人更倾向于沉默不语，对所提问题不作任何反应。这样做可以避免言多有失。在质询中，鉴定人的主要工作是不要对自

己造成不利,没有意识到出庭是为了法庭的需要,是为法庭审理提供服务。所以,鉴定人不仅在专业知识上需要系统地培训,在出庭服务上也需要系统地培训。沉默不语是一种逃避的行为,不仅仅对法庭质询不利,对自己也是一种压力。

2. 答非所问

很多鉴定人出庭时答非所问,例如:“我们就是这样做的。”“这个问题讲给你听你也听不懂。”“这个问题有时间的话我可以给你上一个月的课。”言外之意,就是我不回答你的问题,回答了也没有用。这表明鉴定人的态度极其傲慢,凌驾于法庭和当事人之上。对于这种状态,没有经验的律师可能会手足无措,想不起向法官提出反对意见,让法官给予干预。由于法律质询没有具体的程序,对这种状况也没有可以依据的法律,所以法官也不主动干预。答非所问虽然气势上占优势,但同样是一种逃避质询的方式,也是鉴定人需要加以克服的。

3. 回答提问自相矛盾

鉴定人出庭,普遍缺乏学术修养。一位鉴定专家在法庭上针对一项签名鉴定接受质询,质询结束后作了总结性发言,用来教育法庭上所有的人:“借这个法庭我奉劝各位,以后签署法律文书的时候,不但要签名,还要在签名旁边按一个清晰、有效的指印。”聪明的法官立即询问:“你是说笔迹鉴定没有指纹鉴定可靠是不是?”该专家系作为专家辅助人出庭,针对该签名笔迹已经有了一家鉴定机构的鉴定结论,双方的鉴定意见截然相反。专家辅助人在质询中提出了某个笔迹特征显示其属于不同人的书写习惯,但并没有对这个特征的稳定性、可靠性作出说明。本来法官对该专家的意见就抱着怀疑的态度,加上最后的总结发言,法官有想法一点都不奇怪。该专家的学术修养显然欠缺:既然是从事笔迹鉴定的,只需在本专业领域内进行质询即可,没有必要将两个不同领域的鉴定放在一起比较。专家描述的题外话与法庭审判一点关系都没有,损害的只是自己的专业形象。

六、质询的细节问题

接受质询时,回答问题所使用的语言既要专业又要通俗。所谓专业,就是回答问题不偏离主题。所谓通俗,是指回答专业问题要让法庭能够听得明白。具有这样能力的鉴定人并不是很多。其实,回答问题时大可以使用专业术语,法官听不懂,或者法官觉得当事人听不懂,自然会打断发言,

询问专业词汇的具体含义。这时候，出庭的专家加以解释即可。这样，专家证人出庭的机会多了，出庭的语言水平自然就提高了。

专家证人应当通晓证据学的内容和理论，这个方面的知识对质询有重要的影响。

质询人发表意见时，通常一次性将所有问题提出来，有时候提出的问题将近 20 个。接受质询的专家应当用笔在纸上一一记录下来，对于如何回答问题，经过迅速思考，并将回答的要点记在问题的旁边，以免回答问题有遗漏。庭审中，法庭要求质询者一次性将所有的问题询问完毕，经常见到接受质询的专家目光茫然地看着质询人宣读询问问题，待询问人将提问的若干问题叙说完毕，专家早已无法回忆都是些什么问题，然后将目光转向法官，一副无辜的样子。专家的肢体语言表达的意思是：对方一次性问那么多问题，我记不住，也无法回答，没办法，不关我的事。如果法官没有要求一定回答，并向其提示询问人的问题，那么接受质询的专家便选择沉默不语，企图让质询过程不了了之。造成这种现状的基本原因是接受质询的专家不把质询当回事，对待法庭质询的态度不端正。

第六章　由司法鉴定程序导致的错误鉴定研究

第一节　司法鉴定行政管理的原则性规定不明确易引发的问题

在我国,关于司法鉴定的一般程序,高位阶的诉讼法律中没有对其作出规定,目前只有相关行政法规对其进行了规范,如《司法鉴定程序通则》(以下简称《通则》)。《通则》在总则部分界定了以下问题:

一、司法鉴定程序

司法鉴定程序的规范对象是鉴定机构和鉴定人,内容是"鉴定活动应当遵循的方式、方法、步骤以及相关的规则和标准"。笔者认为,这个规定欠缺完整性的要求,只限于鉴定手段和过程方面的规则和标准。其实,这个过程应包括四个方面:鉴定操作人;仪器、仪表等设备;鉴定操作者使用鉴定设备的方式、方法,从仪器中获取的数据分析解读,出具检验结果等;与这个程序性的技术工作紧密关联的其他活动,如鉴定材料的传递过程,这方面因为涉及证据链的完整性以及鉴定的合法性,所以属于鉴定程序中需要特别作出规定的部分。如果一定要对"鉴定程序"的概念作出界定,那么必须完整和严谨才行。《通则》第 3 条规定,司法鉴定机构和司法鉴定人要"尊重科学,遵守技术操作规范"。笔者认为,在技术层面考证一项鉴定是否"尊重科学"是无法实现的。立法应该以鉴定人是否严格依据相关专业领域中普遍认同的科学原理和科学技术方法作为行为规范。关于对"遵守技术操作规范"的界定,也要看鉴定所涉及的这个专业范围有没有技术规范。笔者认为,这方面应当强调"某项鉴定所涉及的专业技术领域的技术规范"。

二、司法鉴定机构和司法鉴定人从事司法鉴定活动应该遵守的规则和规范

《通则》规定了司法鉴定机构和司法鉴定人从事司法鉴定活动应该遵守的规则和规范，即“司法鉴定机构和司法鉴定人进行司法鉴定活动，应当遵守法律、法规、规章，遵守职业道德和职业纪律，尊重科学，遵守技术操作规范”。问题是，现行的法律、法规、规章针对证据鉴定都没有具体规定，这样界定其实没有实际上的意义。关于职业道德和职业纪律问题，鉴定的行政色彩重于个人色彩，与其说鉴定是鉴定人的个人行为，不如说鉴定是鉴定机构的法人行为。在这个意义上要求职业道德和职业纪律只能属于机构的内部工作管理问题。

三、鉴定工作责任的问题

《通则》第4条规定：“司法鉴定实行鉴定人负责制度。司法鉴定人应当依法独立、客观、公正地进行鉴定，并对自己作出的鉴定意见负责”。这似乎对鉴定工作的本质作出了规定，即鉴定人负责制度。也就是说，鉴定人在鉴定工作上有很大的独立性，包括鉴定收费的支配、鉴定辅助工作人员的选择及支付薪水、鉴定工作的主持、对仪器的选择，对鉴定的法律后果等独自承担责任。但是，事实并不是这样。因为鉴定书上不但有鉴定人自己的签名，更有鉴定机构的印章。这样的情况怎么能够说是鉴定人个人负责制度呢？如果没有鉴定机构的印章，鉴定书还可以叫作“鉴定书”吗？在大多数英美法系国家，仅仅有鉴定人签名的鉴定书就是鉴定书，但是在我国不可以。那么，这个鉴定人负责制度就没有必要确认。鉴定人不可能做到依法独立地鉴定；除伪证等违法行为之外，更不需要对自己的鉴定意见负责。

四、关于鉴定机构和司法鉴定人的保密条款

《通则》第5条规定：“司法鉴定机构和司法鉴定人应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露个人隐私。未经委托人的同意，不得向其他人或者组织提供与鉴定事项有关的信息，但法律、法规另有规定的除外。”该规定第2项应当明确：在案件审理结束之前，未经法律程序许可，禁止向委托人之外的个人与组织提供与鉴定有关的信息。但是，如果鉴定人违法提供了这类信息，却缺乏强制性的法律依据予以处罚。所

以,在实践中还是经常有为了个人私利,通过非正当途径泄露鉴定信息的事件发生。实质上,除非是案件正处在侦查阶段,否则证据的检验不应当是一项机密内容。

五、鉴定机构和鉴定人回避问题

诉讼法关于回避的规定与《通则》关于回避的规定从字面上看毫无区别。诉讼法规定,回避除了为了避免徇私枉法之外,还有检察官和法官对案件的判定存在诸多主观因素,回避制度可避免影响主观判断。《通则》第 20 条第 1 款规定:“司法鉴定人本人或者其近亲属与委托人、委托的鉴定事项或者鉴定事项涉及的案件有利害关系,可能影响其独立、客观、公正进行鉴定的,应当回避。”在避免徇私舞弊方面,道理一样。但是,司法鉴定主要是依据证据的特征和特性作出鉴定结论的,如果鉴定人没有徇私舞弊,就绝不会出具错误鉴定结论。因此,该法条直接说明回避系防止鉴定操作中徇私舞弊即可,不需要描述为“可能影响其独立、客观、公正进行鉴定的,应当回避”。

六、关于鉴定人必须出庭

笔者认为,鉴定人出庭的法律规定应当由最高人民法院立法比较好。如果鉴定人不出庭,鉴定意见提交法庭就不被接受。有这样的最高人民法院的司法解释,就可以避免鉴定人寻找各种理由拒绝出庭,或者出庭草率应付的现象。关于鉴定人出庭的种种问题,笔者在本书的专门章节予以论述。

七、关于鉴定费用的收取

《通则》第 8 条规定:“司法鉴定机构应当统一收取司法鉴定费用,收费的项目和标准执行国家的有关规定。”笔者认为,收费的标准应当由物价部门核定。目前,有些项目费用之高,远非一般百姓所能承受。应当建立司法鉴定援助制度,以减少贫困人群的诉讼成本。

八、关于司法鉴定的监督问题

《通则》第 9 条规定:“司法鉴定机构和司法鉴定人进行司法鉴定活动应当依法接受监督。对于有违反有关法律规定行为的,由司法行政机关依

法给予相应的行政处罚;有违反司法鉴定行业规范行为的,由司法鉴定行业组织给予相应的行业处分。"该界定有不适当的地方。首先,鉴定人违反了法律,应当根据所违反的法律承当刑事、民事或行政责任,司法行政管理部门再给予行政处罚。如故意出具错误鉴定结论或者不公正鉴定结论的,除承担刑事责任或者民事赔偿责任之外,予以开除等。其次,鉴定机构和鉴定接受什么监督?鉴定意见本来就是待质询的言辞证据,正确与否需经过质询后由法院裁定是否采纳。鉴定的程序是否合法也要经过法院质询裁定。那么,需要监督的就是收费问题,或者鉴定人是否私下与诉讼中的当事人接触的行为,或者其他类似的问题。

第二节　司法鉴定中委托与受理问题

司法鉴定的委托与受理是司法鉴定程序极为重要的部分。在我国,司法鉴定的委托与受理主要由《司法鉴定程序通则》作出了行政管理规范。但是,由于规定不严谨,且在诸多方面没有操作上的可行性,以及法律和制度上的漏洞,程序中的违法与犯罪行为严重超出了应有的程度,受到刑事和行政处罚的只是极个别的鉴定人。这个应有的程度是指法律制度健全的情况下,鉴定中的违法是极个别现象。超出了这个程度,意味着发生在鉴定机构和鉴定人身上的犯罪与违法行为,或者与鉴定有密切关系的行为,比如政府机关强行扭送某人作精神病认定等,导致社会对司法鉴定机构和司法鉴定人极其不信任。《通则》所作的规范以及相应的问题主要表现在以下方面:

一、受理委托

《通则》第 11 条规定:"司法鉴定机构应当统一受理司法鉴定的委托。"对于统一受理的问题,立法原意是防止鉴定人与委托人接触,以免徇私违法的事情发生。所以,实践中的一般做法是,由不懂鉴定的行政辅助人员承担这项工作。有的鉴定中心是由主管亲自接受委托,材料的交接存放及收费由一般的行政人员办理。在案件中如果发生了什么问题,诸如鉴定材料或鉴定资料存在短缺、鉴定条件不足等问题,再回过头来由鉴定人与委托人联系、协商,由此额外增加了工作量。案件的受理绝对是个专业问题,不是随便一个人就可以承担整个案件受理工作的。案件受理是鉴定

工作的启动程序,整个鉴定工作自始至终都体现了专业性。检材本身就体现了科学元素,只有精通这类检材的专家才能知道检材的质与量、检材的条件,以及根据检材的条件可以从事多少种类的鉴定等。尤其是对于特殊的检材,比如使用罕见技术伪造的文书证据,这种证据的伪造方法的鉴定需要由专家来确认开发新的检验方法,涉及前所未有的检验方案,从而在新类型的鉴定上有突破和发展。当然,对于这种情况,鉴定机构可以从未做过类似鉴定为由予以回绝。但是,这会失去研究新型证据检验的好机会。鉴定工作也需要随着技术的发展而发展,不应该停留在以往的水平上。所以,案件的统一受理的规定因为过于僵化,给实践工作带来了不便,有必要规定案件在相关专业的专家参与下统一受理。

关于委托手续,《通则》第 12 条作出了规定,包括委托书的出示、委托书的载明事项等。但是,该条对鉴定材料加以解释的内容有欠科学,如“鉴定材料包括检材和鉴定资料。检材是指与鉴定事项有关的生物检材和非生物检材;鉴定资料是指存在于各种载体上与鉴定事项有关的记录”。鉴定材料通常是法庭证据,无论是双方有争议的需验证的证据,如文书、指印等,还是双方没有疑问的用于比对或者直接在仪器中检验的笔迹比对样本,或者用于验证 DNA 的血液、毛发等,均是证据。之所以将这些证据分别命名为“检材”和“样本”,是为了在工作中对这些证据进行描述。如果把鉴定材料涵盖于“包括检材和鉴定资料”,会额外造成混乱。另外,关于检材的定义与分类“是指与鉴定事项有关的生物检材和非生物检材”,不是一个被普遍接受的通用说法,这样分类也没有意义。

关于“委托鉴定事项属于重新鉴定的,应当在委托书中注明”的立法意图,是出于实践中有些证据经过鉴定之后,在案件审理中因为对鉴定有疑问,所以由委托人再次委托另外的鉴定机构进行鉴定。对于需要重新鉴定证据的案例,往往只是因为当事人在法庭上闹得凶。这类案件接受下来,鉴定机构被当事人闹得不可开交的风险相当大。由行政法规对此作出规定,不符合审判公平正义的基本精神。要求重新鉴定是当事人的权利,重新委托鉴定是法院的权力,是否接受委托是鉴定机构的权利。证据是否经过其他鉴定机构鉴定,不应当是影响另一个鉴定机构接受委托的因素,更不是影响再次出具鉴定意见的障碍。重新鉴定意味着在维护当事人权利方面多了一个机会。但是,一定要求委托人说明证据是否曾经被鉴定过,在实践中对鉴定机构相当实用。所以,鉴定机构在实践中对于重新鉴

定的案例并不一定受理,其理由可谓五花八门。对于当事人纠缠不休的案例,笔者见过鉴定人被跟踪、威胁、控告等诸多妨碍人身权利的事件。极端的还有鉴定人被刺死的案例发生。不管鉴定人本身的工作是否存在问题,在某些时候看来,他所从事的可不像是一项安全的工作。不管案件中鉴定收费有多少,鉴定人正常情况下的收入通常是中产阶级的水平。鉴定人面临的还有工作的强度压力。笔者有段时间从事文件检验工作,一个月做18件鉴定,包括书写鉴定书和烦琐的文字校对。如果鉴定书出现文字错误,就算很大的错误了,在法庭上无疑会对鉴定工作是否认真产生疑问。还有的司法鉴定机构从事法医活体检验的鉴定人拿的是计件工资,每天需从事至少十件活体检验,才能达到六千多元的工资标准。

当事人干扰鉴定工作的原因有两个:(1) 不愿意承担败诉的结果。当事人明知鉴定结果对其不利,而鉴定结果在案件中有至关重要的作用,所以当事人企图阻止鉴定结果的产生。(2) 鉴定机构出具的鉴定结论错误。有些案件中,鉴定人对案情非常清楚,同时也知道证据鉴定的结果应该是怎样的。因此,鉴定结果出现错误,对当事人来说无疑是致命的。因为当事人无法为自己申明,使鉴定结果得到纠正。当事人无法从科学层面找出鉴定的问题出在哪里,更无法寻求专家证人的帮助,在无路可走的情况下难免会采取极端的手段。

二、委托人的责任和义务

《通则》第13条第1款规定:“委托人应当向司法鉴定机构提供真实、完整、充分的鉴定材料,并对鉴定材料的真实性、合法性负责。”在实践中,鉴定材料是否真实和合法由委托人承担责任,实际上在操作上有问题。曾有鉴定人在鉴定书中书写诸如“××检材上的×××签名笔迹与经确认系属×××亲笔书写的样本上的笔迹系为同一人的笔迹”的内容,结果遭到了委托鉴定的法官的强烈反对。法官反对鉴定书上的“经确认系属×××亲笔书写的样本”语句。法官是有道理的,虽然笔迹样本经过双方确认并都认可,但是没有谁能够确切保证样本是真实的、未经伪装或者伪造的。所以,要求委托人对鉴定材料的真实性和合法性负责的规范不具有适用性。本法条应当变更为:“鉴定机构和鉴定人对于委托人提供的鉴定材料除需要鉴定真伪之外的部分,假定是真实的、取得的手段是合法的。鉴定机构和鉴定人不负有审核除需要鉴定真伪之外部分的鉴定材料真实性和

来源合法性的义务。”

该条第2款规定:“委托人不得要求或者暗示司法鉴定机构和司法鉴定人按其意图或者特定目的提供鉴定意见。”笔者认为,只需说明这种行为适用刑法的规范即可。委托人和鉴定人暗中勾结出具错误结论的属于伪证罪的范畴,委托人将个人的偏见说给鉴定人听不能算是违法的行为。委托人和鉴定人如果没有领导与被领导的关系,是没办法要求或者暗示鉴定人按其意图和目的提供鉴定意见的。只有公安、检察系统对于自己侦查的案件中的证据进行鉴定,才有可能受领导的影响出具违背真相的鉴定意见。另外,这是司法部的法律规范,能否作出对包括法官在内的委托人而言的禁止性规范值得讨论。由于该法律文件针对的规范主体主要是司法鉴定机构和司法鉴定人,笔者认为应当将该款修订为:“司法鉴定机构和司法鉴定人应当以鉴定资料为依据,不受委托人的建议和意见之影响。”

三、案件的受理条件

《通则》第14条第1款规定:“司法鉴定机构收到委托,应当对委托的鉴定事项进行审查,对属于本机构司法鉴定业务范围,委托鉴定事项的用途及鉴定要求合法,提供的鉴定材料真实、完整、充分的鉴定委托,应当予以受理。”案件受理的第一个要求是委托事项属于接受委托的鉴定机构的业务范围。目前,随着人们受教育的程度普遍较高,出现了一些特殊方法伪造的证据,如行为人使用有较高科技含量的方法伪造证据。如果严格按照司法鉴定机构的业务范围,很难明确应当将其归入哪个种类。如果所有的鉴定机构都拒绝接受这类鉴定,案件的审理显然会受到影响,导致某些当事人求告无门。所以,笔者认为应当将其规定为“属于该司法鉴定机构的业务能力范围”。只要能够依据本专业普遍认可的科学原理,使用本行业普遍认同的可靠的专业技术方法,并且能够得出经得起重复检验验证的结论,鉴定机构就可以接受委托从事鉴定工作。这样不但让鉴定人能够研发新的鉴定业务,而且能够更好地为司法审判提供卓越的服务。

《通则》还规定了委托鉴定的目的和要求合法,这是必须规范的内容。鉴定机构和鉴定人不应该成为违法、犯罪的帮凶。有些鉴定项目,如珠宝、字画、文物的品质与真伪鉴定,必然是为了赚取利益,这类鉴定在实践中问题多多。很多鉴定结论依据不充分,将赝品鉴定为真品,或者提高珠宝玉石的品质等级。这类目的不纯的鉴定中,鉴定机构或者鉴定人也极有可能

蹚入利益的泥潭，有意左右鉴定结论。因此，如何提高这类鉴定案件的公信力是个值得认真研究的问题。用于交易的珠宝、字画鉴定不属于司法鉴定的范围，涉及诉讼的这类鉴定的案例才属于司法鉴定的范围，尽管这类司法鉴定与非司法因素的鉴定由同样的鉴定机构实施。鉴定机构在接受委托时，一定要注意是否有非诉讼目的的委托意图隐含在内，以免成为违法、犯罪的帮凶。

鉴定材料的要求是：真实、完整、充分。这是三个形容词，都是主观感受的结果。但是，形容词作为法条的主题词，往往不具有可操作性。鉴定人无法确认鉴定材料真实、完整、充分的程度，每个鉴定人对鉴定材料真实、完整、充分的状态的感受程度有差异。这种"真实、完整、充分"的表达含义模糊，让人无所适从。笔者认为，该法条对鉴定材料的要求应当这样表述比较好：检定机构的鉴定人在交接鉴定材料时，应当检查鉴定材料是否标注证据材料属性，是否标记委托单位的案号及证据编号，或者证据材料经诉讼双方签字确认等表明来源的记录；应当检验证据的质量和数量是否达到了完成鉴定事项的最低要求。对于不符合上述要求的鉴定材料，应当要求委托单位补充完整方可受理。

四、关于受理案件的决定程序

《通则》第 15 条规定："司法鉴定机构对符合受理条件的鉴定委托，应当即时作出受理的决定；不能即时决定受理的，应当在七个工作日内作出是否受理的决定，并通知委托人；对通过信函提出鉴定委托的，应当在十个工作日内作出是否受理的决定，并通知委托人；对疑难、复杂或者特殊鉴定事项的委托，可以与委托人协商确定受理的时间。"笔者认为，关于这个受理案件的决定程序及期间要求是否必要值得探讨。既然接受了委托，经过检查并收下了鉴定材料，意味着已经受理了案件。如果按照《通则》的要求，是不是说要在一定的期间内由鉴定机构内部开会讨论，形成一个是否受理的结论并由主管领导签字的官方文件？况且这是一个内部的工作程序，即使有这么一个程序及期间要求，对外部希望有什么样的法律后果？有谁会把受理的决定及期间作为一项法律事项？

五、关于禁止受理鉴定委托的情况

《通则》第 16 条规定，不予受理鉴定委托的几种情况包括：(1) 委托事

项超出本机构司法鉴定业务范围的;(2)鉴定材料不真实、不完整、不充分或者取得方式不合法的;(3)鉴定事项的用途不合法或者违背社会公德的;(4)鉴定要求不符合司法鉴定执业规则或者相关鉴定技术规范的;(5)鉴定要求超出本机构技术条件和鉴定能力的;(6)不符合《通则》第29条规定的;(7)其他不符合法律、法规、规章规定情形的。对不予受理的,应当向委托人说明理由,退还其提供的鉴定材料。

笔者认为,作为鉴定机构及其鉴定人,应当是高效和代表较高专业水平的,是否受理委托应当与委托单位的代表当即作出处理。只有在个别鉴定材料复杂,不能立即作出准确判断的情况下,才可以在接受委托之后与委托单位沟通并作出是否回绝委托的处理。法规不应当在这个问题上干预太多。

六、委托鉴定协议

《通则》第17条规定,委托方与鉴定机构就鉴定委托事项应当签订协议书。协议书的内容包括:双方的法人信息、委托鉴定的事项及用途、委托鉴定的要求、证据涉案的简要情况、决定材料的目录和数量、双方的权利和义务、鉴定费用及收取方式、其他事项。可能存在鉴定耗损时,应载明于协议中。鉴定过程中变更协议的,需商定。

第三节　司法鉴定的实施

《通则》关于司法鉴定的实施的规定包括:鉴定的具体操作人、鉴定材料的保管、鉴定的期限、鉴定中止、补充鉴定、重新鉴定、共同鉴定。

一、鉴定实施的主体

《通则》规定,鉴定机构应选择两名鉴定人共同鉴定;也可以应委托人的要求,共同协商选定鉴定人;对疑难、复杂或者特殊的鉴定事项,可以指定多名鉴定人进行鉴定;遇到特别复杂、疑难,需要使用特殊技术的,可以向鉴定机构之外的专业领域的专家咨询,并由接受委托的鉴定机构出具鉴定意见。

笔者认为,鉴定人取得鉴定资格,就是因为能够胜任鉴定工作,不需要由两个人共同承担同一项鉴定工作,也不需要由其他人辅助完成鉴定工

作。《通则》对此进行规范,是因为鉴定意见本身就是证据,不能有丝毫差错的意图,还是对鉴定人的水平普遍不信任?如果某鉴定机构的鉴定人不能完全胜任鉴定工作,那么这个鉴定机构就不能对外承接鉴定工作。另外,如果某鉴定机构承接了对其来说是特别复杂、疑难,需要使用特殊技术的鉴定任务,自己无法独立完成,那么就应该回绝这项鉴定,而不是寻找其他地方的专家从事这项鉴定,以自己的名义出具鉴定意见。因为那样做问题很多。首先是名不副实,超出了自己的业务范围。其次是因为鉴定意见在法庭上接受质询时,本鉴定机构无法对不熟悉的专业问题回应质询,这样势必影响法庭审判的公正性。并非只有司法鉴定中心才能从事司法鉴定工作,任何有专业资质的专业研究所或者实验室,即使不具有司法鉴定的资质,也可以对属于自己专业范围的证据进行检验,并出具专家意见。

二、回避

鉴定人和鉴定机构的回避问题,在上文已经予以论述,在此不予重述。

三、鉴定材料的管理

鉴定机构负责管理鉴定材料的接收、传递、检验、保存和处置,对鉴定材料造成毁损的,应当依法承担责任。关于鉴定材料的流转,笔者认为,因为涉及证据链的完整性问题,所以应当由立法机关进行规范,而不是由鉴定机构自行处理。另外,鉴定材料的毁损意味着证据的消失,是相当严重的问题。

笔者认为,在整个受理委托和鉴定实施的规定中,应当重点对证据链的完整性进行规范。但是,关于委托程序的全部法条中看不出有特别的规定。正是因为需要鉴定的证据材料的传递完整性以及鉴定材料的恰当对待,如检材的取用、在鉴定中产生的变化等,在法规中没有明确的规定,所以导致因程序规定不明人为或者过失所造成的证据属性受影响的现象比较突出,主要表现为:送交鉴定材料的单位和个人由于故意或者过失混淆同类证据,比如将其他案件中的鉴定材料当作这一个案件中的证据材料送来鉴定。在鉴定中心,由于对待检材的不认真或者粗暴态度,导致部分检材使用方式不正确,检材被损害或产生变化,失去了原有的证据形态。这就使证据的真实性大打折扣,严重到妨碍司法公正的程度。

四、鉴定期限

鉴定的一般期限为30个工作日。对于复杂、难度大的案件,经负责人批准,延长时间不能超过30个工作日。在鉴定过程中补充或者重新提取鉴定材料的时间不计入鉴定时限。但是,在实践中超期现象非常严重。九个月方给出鉴定意见的不是个案。另外,为什么要规定30个工作日,而不是一个半月?通常,对法律期间比较短的才规定工作日;同时,期间的规定遇到法定假日可以顺延。即使有这个期限规定,仍有大量的严重拖延时间的状况。

五、终止鉴定的条件

《通则》第27条规定了鉴定机构终止鉴定的条件:

(1)发现委托鉴定事项的用途不合法或者违背社会公德的;

(2)委托人提供的鉴定材料不真实或者取得方式不合法的;

(3)因鉴定材料不完整、不充分或者因鉴定材料耗尽、损坏,委托人不能或者拒绝补充提供符合要求的鉴定材料的;

(4)委托人的鉴定要求或者完成鉴定所需的技术要求超出本机构技术条件和鉴定能力的;

(5)委托人不履行司法鉴定协议书规定的义务或者被鉴定人不予配合,致使鉴定无法继续进行的;

(6)因不可抗力致使鉴定无法继续进行的;

(7)委托人撤销鉴定委托或者主动要求终止鉴定的;

(8)委托人拒绝支付鉴定费用的;

(9)司法鉴定协议书约定的其他终止鉴定的情形。

终止鉴定的,司法鉴定机构应当书面通知委托人,说明理由,并退还鉴定材料。

终止鉴定的,司法鉴定机构应当根据终止的原因及责任,酌情退还有关鉴定费用。

笔者认为,第1项至第4项中的规定与第16条的规定重复,应当明确是在鉴定的过程中发现委托鉴定事项的用途不合法或者违背社会公德,鉴定材料不适合于鉴定或者取得方式违法,委托事项超出司法鉴定业务范围,鉴定要求不符合司法鉴定的业务规范和鉴定技术规范等,以保障在接

受委托之初对审查失误的补救。第5项至第9项及其后两款规定了终止鉴定的其他方面：委托人拒绝履行司法鉴定委托协议书规定的义务、因不可抗力致使鉴定无法完成的情况；委托人撤销委托、拒绝支付鉴定费等，可终止鉴定；终止鉴定应退回鉴定材料，酌情退还鉴定费用。笔者认为，因不可抗力导致鉴定无法完成的，除了地震、火灾等自然灾害的因素之外，还应当包括鉴定材料的自然灭失或者需要鉴定物质属性的自然变化等因素导致鉴定无法完成。

六、补充鉴定

《通则》第28条规定了补充鉴定的情况：

（1）委托人增加新的鉴定要求的；

（2）委托人发现委托的鉴定事项有遗漏的；

（3）委托人在鉴定过程中又提供或者补充了新的鉴定材料的；

（4）其他需要补充鉴定的情形。

补充鉴定是原委托鉴定的组成部分。

笔者认为，既然鉴定过程中委托人要求增加鉴定要求，增加鉴定事项，或者委托人在鉴定过程中又提供或者补充了新的鉴定材料，鉴于鉴定尚处于未完成阶段，那么直接鉴定并出具鉴定意见就可以了，用不着同时出具鉴定意见书和补充鉴定意见书。补充鉴定意见书的产生依据应当是，在原鉴定已经完成，鉴定意见书已经向双方当事人进行了宣布，发现有需要补充鉴定的地方，这时再向鉴定机构要求补充鉴定的情况下，开展补充鉴定的工作程序。

七、重新鉴定

《通则》第29条规定了重新鉴定的条件：

有下列情形之一的，司法鉴定机构可以接受委托进行重新鉴定：

（1）原司法鉴定人不具有从事原委托事项鉴定执业资格的；

（2）原司法鉴定机构超出登记的业务范围组织鉴定的；

（3）原司法鉴定人按规定应当回避没有回避的；

（4）委托人或者其他诉讼当事人对原鉴定意见有异议，并能提出合法依据和合理理由的；

（5）法律规定或者人民法院认为需要重新鉴定的其他情形。

接受重新鉴定委托的司法鉴定机构的资质条件，一般应当高于原委托的司法鉴定机构。

该条对被规范主体的规定模糊不清。按照“有下列情形之一的，司法鉴定机构可以接受委托进行重新鉴定”的字面意思，本条针对的是鉴定机构。但是，从第1项至第5项的描述看，显然针对的是委托单位。笔者认为，应当修改为“有下列情形之一的，委托人可以重新委托鉴定，接受委托的司法鉴定机构可以进行重新鉴定”。第1项中规定的“原司法鉴定人不具有从事原委托事项鉴定执业资格”，如果鉴定意见出自非专业人士之手，那么这个鉴定意见就是不可信的，法院只需裁定不予采信即可。法院可以另行委托鉴定机构进行鉴定，但是在性质上很难界定为重新委托。重新委托的基础应当是对前一次委托的鉴定结论无法采信，但不予采信也无充分的依据，因此需要重新委托。如果鉴定人采用的鉴定方法在科学上没有得到论证，或者鉴定机构不具备鉴定的条件，如应该配备的仪器和设备却没有配备，或者配备的仪器不具备专门检验该种证据的条件，那么该鉴定机构的鉴定人自行尝试新的方法，或者改变仪器的使用方法用于证据检验，在法庭质询的过程中无法论证证据的检验是否正确。这种情况下，有必要选择其他符合要求的鉴定机构重新鉴定。

另外，关于鉴定人的“鉴定执业资格”和鉴定机构的“登记业务范围”，笔者认为，在一些特种行业，如某种产品的质量鉴定，可能相关的研究所能够具备鉴定的条件。由于这种产品的鉴定在案件中出现的几率很低，专业单位和个人有可能没有被司法行政管理部门赋予鉴定资格或者录入其鉴定业务范围内。但是，在司法实践中，还是可以委托其从事该种鉴定服务。

第29条第2款规定，鉴定机构超出登记的业务范围组织鉴定的情况属于重新鉴定的范围。笔者认为，这是一纸空文。因为鉴定机构的业务登记通常表现为大类别，如法医类、物证类、文书类等。鉴定机构并不能从事每一个大类别里的任何一种鉴定，如DNA鉴定中的单个表皮细胞的DNA检验、文书类的墨水形成时间鉴定等。这种“超范围”的现象随处可见。另外，对于超范围的情况不能一概而论。对于新型伪造证据的情况，鉴定机构及其鉴定人应该有机会和权利对其加以研究，否则无法拥有战胜违法犯罪的新武器。

笔者一向不赞成在给予当事人委托鉴定的机会上表现得如此吝啬。在揭露证据真伪上，揭露的真相程度与鉴定的机会成正比。证据得到越多

的鉴定机会,证据所揭示的案件的信息越丰富,对于重建案件事实越有帮助。加强鉴定意见在法庭上的质询力度和引入专家辅助人制度才是解决司法鉴定问题的关键。

另外,关于鉴定结果的资质条件的级别,如果没有经过评级表明鉴定机构信誉度的等级,笔者认为所有的鉴定机构在资质上都是一样的。没有谁可以说,国家机关内设的鉴定机构比大专院校的资质水平更高。资质水平由一个鉴定机构的硬件和软件、对社会服务的信誉评级等表现,在没有经过资质评级之前,无法断定一个鉴定机构与其他鉴定机构的资质水平谁高谁低。

关于重新接受委托鉴定的主体,《通则》第 30 条规定,可以是其他鉴定机构,也可以是原鉴定机构,一定不能由原鉴定人进行鉴定。但是,在实践中,有的鉴定机构中,有鉴定资格的仅有那么几个人,真正从事鉴定工作的人很少,所以想要避开原来的鉴定人却也无法实现。《通则》第 31 条规定的在重新鉴定中的鉴定人回避问题,其实也是一个另行指定其他鉴定人的问题。该条规定,参加过初次鉴定的,或者为初次鉴定作为专家提供过咨询意见的,都不能作为重新鉴定中的鉴定人。

八、鉴定复核

《通则》第 32 条规定:"委托的鉴定事项完成后,司法鉴定机构可以指定专人对该项鉴定的实施是否符合规定的程序、是否采用符合规定的技术标准和技术规范等情况进行复核,发现有违反本通则规定情形的,司法鉴定机构应当予以纠正。"笔者认为,司法鉴定人应当熟知鉴定程序、技术标准或者技术规范,应当熟知《通则》,否则就不具备作为鉴定人的条件。因此,没有必要设立专门的人员对这些方面进行复核,这样会造成额外的、不必要的工作,同时也不符合经济学上的要求。在实践中,复核人通常仅仅在鉴定书上签字,并不从事实质性的、与鉴定有关的工作。因此,这项制度没有存在的必要。

九、联合鉴定

《通则》第 33 条规定:"对于涉及重大案件或者遇有特别复杂、疑难、特殊的技术问题的鉴定事项,根据司法机关的委托或者经其同意,司法鉴定主管部门或者司法鉴定行业组织可以组织多个司法鉴定机构进行鉴定,

具体办法另行规定。”笔者认为，鉴定的水平因人而异，与鉴定人的工作年限和职称一般来说成正比，但并没有必然的关系。司法鉴定主管部门或者司法鉴定行业组织需要组织多个司法鉴定机构进行鉴定时，一般是看中了某些鉴定人。一般来说，一项鉴定由一个鉴定人鉴定即可。鉴定人之所以获得鉴定资格，就是因为其能够独立完成鉴定任务。组织多个鉴定机构的立法意图究竟是什么？难不成在形成鉴定结论时少数服从多数？有些证据鉴定经过多人鉴别，却只有少数人甚至个别人能够得出正确结论，比如对疑难笔迹的鉴定。笔者认为，《通则》这样规定，就是否定了关于鉴定结论的法庭质询功能。其实，鉴定事项只需交给有资格的人鉴定即可，至于鉴定正确与否，是由法院决定的。司法鉴定主管部门或者司法鉴定行业组织没有义务保证某项鉴定必须正确，不可以干预具体的鉴定工作，更不可以代替法院的审判功能。

第四节　出具司法鉴定文书

《通则》第 34 条规定，完成鉴定事项应当出具司法鉴定文书。司法鉴定文书包括司法鉴定意见书和司法鉴定检验报告书两种形式。司法鉴定文书的制作应当符合统一规定的格式。第 35 条规定了鉴定机构和鉴定人在司法鉴定文书上的标记形式，即签名或者加盖印章。这种形式上的规定，使得司法鉴定文书看起来更像是一份政府公文。笔者认为，既然《通则》在第 4 条明确司法鉴定实行鉴定人负责制度，那么只需鉴定人在鉴定文书上签名即可，没有必要加盖鉴定机构的印章。如果鉴定文书在性质上属于行政文件，那么在法庭上进行质询就不是一件容易的事情，人们无法对有行政效力的文件进行质询。同时，鉴定文书上加盖机构的印章，说明形成这份文书的是法人主体。那么，对鉴定文书进行法庭质询时，自然人无法与法人充分对话。关于这个问题，笔者将在专门的章节予以阐述。

《通则》第 35 条规定，多人参加司法鉴定，对鉴定意见有不同意见的，应当注明。笔者从事鉴定工作二十多年，尚未见到鉴定文书中有阐述不同意见的情况出现。在鉴定中，确实会出现多个人参与同一项鉴定的情况，也经常有人会持不同见解。但是，如果最终决定在鉴定文书上出具什么意见，对于不同的意见通常不予采纳，更不会在鉴定文书上书写两种意见。就算是参与鉴定的两个或者几个人的鉴定结论一样，具体的鉴定依据和结

论的情况也不会完全一致。所以,目前常见的鉴定文书由三个人签名的状况是存在问题的。理论上,任何两个人的思想不可能完全一样,三个人书写同一份鉴定文书也算是中国特色了。把鉴定文书当作行政公文对待也是一种中国特色,由此带来的难题最终丢给了法官,由法官作出应对。倘若法官按照鉴定文书判决,那么鉴定人就代替了法官的职责。这就是法官经常对鉴定文书耿耿于怀的原因了。

一、关于鉴定结论的质询

《通则》第 37 条规定:“委托人对司法鉴定机构的鉴定过程或者所出具的鉴定意见提出询问的,司法鉴定人应当给予解释和说明。”该规定在内容上属于鉴定意见的质询问题,虽然不是法庭上的质询。这个规定表明,鉴定仅对委托人负责,而不是对公平正义负责。笔者认为,最需要规定的是鉴定人必须在法庭上接受质询,针对双方当事人的疑问,将鉴定过程和鉴定结论的依据公之于众,让所有参与法庭审判的人对证据鉴定有一个直观的认识,并作出自己的判断。另外,鉴定委托人多数情况下是法院,由法庭的主审法官或者是法院专门负责司法鉴定委托的法官进行具体事项的接洽。由于司法鉴定的大部分项目属于民事案件中的证据检验,而我国的民事案件审判实行的是当事人主义的审判制度,法官不应当自行调查司法鉴定的真伪,而应当交由双方当事人予以质询。在这个意义上,《通则》的这项规定与《民事诉讼法》的规定相悖。因此,《通则》第 37 条的规定应当是针对法庭质询作出的规定,而不是针对委托人作出的规定。

如果对司法鉴定意见的质询作出有效的规定,则必须规定司法鉴定人有义务出庭接受质询,否则其出具的鉴定意见不具有法律效力。目前,鉴定机构及其鉴定人拒绝出庭的现象非常普遍,有关立法部门有必要对这种现象作出法律规定,从而改变法官无缘由地依赖鉴定结论判决案件的现象。鉴定人也不应当把鉴定结论看作法律文件。鉴定结论只是鉴定人的个人意见,不是国家机关出具的法律公文。鉴定文书只是提交鉴定意见的形式,真正具有证明作用的是专家意见。专家意见同普通的证人证言一样,必须在法庭上进行表达,并接受质询。既然具备证据作用的是专家的个人意见,从事鉴定工作的专家就有义务在法庭上阐述自己的意见;不能正确阐述的,鉴定意见就不能成为被接受的证词。

二、司法鉴定文书的传递和立卷归档

另外,《通则》规定了司法鉴定文书是以经委托人与鉴定机构协商的方式发送。鉴定机构完成鉴定工作后,应当立卷归档。但是,实践中的鉴定材料归档也是一个问题,需要将证据材料制作成高像素的复制件保存,鉴定过程中产生的图像和图表也必须尽可能以原始的形态保存。为有据可查,有必要对鉴定材料进行完整和真实的保存,否则就丧失了立卷存档的意义。档案的建立,不应当是仅仅证明鉴定机构曾经接受过某个案件中的证据鉴定工作。

第七章　物证检验的方法

物证检验的方法包括：前期鉴定条件的分析与判断、检验方法的确定、检验结果的评价、得出结论并对结论进行说明。这几个方面是不可缺少的部分。

第一节　前期鉴定条件的分析与判断

鉴定之前的鉴定条件分析与判断是鉴定工作极为重要的一部分。送鉴定材料的人对鉴定的情况不是很了解，诸如需要提供什么材料、证据本身能够被用于什么样的鉴定项目、鉴定材料是否符合要求、鉴定要求不符合材料的实际情况等。所以，分析与判断的工作必须由鉴定人亲自进行，辅助工作人员通常不能胜任这项工作。

一、检材和样本的分析与判断

应仔细审查送检的材料是否完备并符合鉴定要求。如果是指纹、印章印文、足迹、工具痕迹等痕迹类鉴定材料，首先要确定检材是否为原始形态，如印文是否为原始盖印形态、有无复制的迹象，笔迹是否为原始书写形态；其次要确定痕迹是否经过了破坏、污损和改变。有的签名笔迹系经扫描并打印的方法伪造所形成。还有人用铅笔描画他人的笔迹，形成他人笔迹的轮廓，然后用流利的书写形式描绘铅笔的笔迹轮廓，最后再擦掉铅笔的痕迹。这样的笔迹若不仔细观察，很容易被误认为是被模仿人的笔迹，因为笔迹的书写非常流畅。但是，仔细观察，会发现字体上有橡皮擦拭过的痕迹。还有的指纹和足迹因为承受体表面不够光滑，造型条件不好，导致残缺和模糊的形态。

二、检验项目的分析与判断

有的痕迹需要进行多种检验。如血指印或者血手印，既要进行认定痕

迹的形态学检验,又要进行血痕的检验。所以,涉及检验方法的安排问题,显然是无损的检验在先,有损的检验在后。即使进行有损检验,也应挑选没有鉴定价值的区域做破坏性的检验;就是允许做破坏性的检验,仍然要尽可能采取无损的方法。例如,提取血指印上的血迹,要挑选纹线模糊的区域,同时尽可能不要用剪切的方法破坏检材,最好用棉签蘸生理盐水擦取血液。如果指纹上的血痕较厚,可以用薄刀片轻轻刮取。对于残缺和模糊的痕迹,越是条件差,越是对痕迹的对照样本的清晰度要求高。例如,模糊指纹就要求样本指印越清晰越好,样本指印越是模糊,得出明确结论的可能性越小。工具痕迹的检材条件更为复杂,因为工具的不同位置在造型体上形成的痕迹形态会有区别;同时,工具痕迹在形成时的作用力大小和作用方式不同,形成的痕迹形态也不同。因此,工具痕迹的样本制作比较麻烦,要找准造型部位反复操作才能制作出符合比对要求的样本条件。前期的分析和判断必须是有经验的人才能做好。分析和判断之后,接下来就是要制作鉴定计划,确定鉴定方法和步骤。前期的工作做得好,接下来的计划才会完备,鉴定方法才会更加具体、有效。

第二节　鉴定方法的确定

针对不同的检材情况要使用不同的检验方法,多数检材的检验项目单一。有一些检验项目是多重的,需要准备多种检验方法。还有一些检验要求是没有遇到过的,但是显然是可以满足的,就需要设计检验方法。有时候,鉴定人在检验过程中发现已经选定的鉴定方法有问题,要根据具体的情况和需要及时调整鉴定方法,改变鉴定方案。

一、预检验

这项工作包括对检材进行先期的预检验,确定检材的鉴定方向。如送检的粉末物质,必须进行预检验,确认是有机物还是无机物。如果是毒物,必须确认其属于哪一种类的有机物,是天然生成的毒物还是人工合成的毒物。应根据痕迹的形成方式、表现形态及鉴定要求,确定预检验和确证检验的方法。痕迹物证的形成方式、表现形态及鉴定要求有以下几种:物证的性状表现、物证的运动轨迹和物证的直接印痕。

二、物证的性状检验

物证的性状表现是表示物证的出现形式在案件中的意义，用于确定事实的真相是以其物理、化学属性还是规格、规模等形式出现的。比如，犯罪现场的烟草、香水味道，机器、工程事故的关键部件或者材料的规格、大小、硬度、成分等，是否符合安全的要求。例如，连接机器的螺钉的规格和硬度是否是造成机器解体的原因。2011 年 7 月 5 日北京地铁四号线发生的奥迪斯电梯滑落事件，造成 1 人死亡、3 人重伤、27 人轻伤的严重后果。原因是固定主机驱动装置的螺栓发生了问题，至于究竟是什么问题，是螺栓脱出还是螺栓断裂，未见检测的详细报告。这个螺栓的固定装置发生问题，使得驱动主机发生位移，驱动链脱落，扶梯下滑。又如，建筑房屋的水泥的组成和钢筋是否符合规格的要求。对于这类需要鉴定形成方式的物证，需要采取的预检验是确定待检验物证的种类。如现场提取的烟草的气味，先检验属于什么种类的烟草，缩小检验的范围。根据所确定的种类，再选择比对样本进行确证检验。在确定了烟草的种类特征之后，寻找有这类特征的具体牌子的香烟作为比对样本的范围，确证现场的烟草气味属于哪个牌子的烟草。再如机器解体部位起连接作用的螺钉断裂，预检验就是要测量螺钉的长度、直径，检验螺钉的硬度，根据所确定的种类特征，确定所有出售的相似螺钉，进行确证检验。有时候，借助知情人的帮助，可以确定具体的比对样本，这样预检验环节的工作就少了很多。

三、物证的运动轨迹检验

有的物证表现为运动轨迹，如笔迹、嗓音、工具痕迹的擦划轨迹、汽车的刹车痕迹等。这类物证的特点包括：(1) 表现为物体接触承受体做相对运动所形成的痕迹。(2) 需要鉴定的内容是确定轨迹的形成方式及其所具有的特点。例如，如果是成趟的足迹，需要鉴定行走习惯，也归属于这类物证。(3) 轨迹受运动方式的限制。这类物证的预检验也是先确定种类特征，然后进行确证检验。检验方法是根据轨迹推断作用方式及其特点，往往认定的是作用方式的同一。例如，根据刹车带的长度测汽车的运行速度，根据笔迹的形态确定书写习惯，根据擦划的工具痕迹确定造成痕迹的造型体的部位和作用方式。

四、物证的印痕检验

物证的直接印痕是物体的表面形态在另一个物体的表面留下的印痕，是两个物体正面接触并发生作用的结果。例如，轮胎的花纹印痕、鞋印、指印、手套印、印章印文、打击撬压的工具印痕等。这类物证中，造成印痕的物体是造型体，承载印痕的物体是承受体。这类物证的检验主要是根据承受体上印痕的表面形态及其形态结构特点确认造型体。印痕所表现出来的个性化特征是稳定的。比较笔迹和声纹等生理性质的证据，影响其特征变化的因素非常少。即印痕类物证的特征非常明确，易于辨认，所以才有“指纹是证据之王”的说法。这类物证的检验相对较容易，预检验也只是确定种类特征，缩小检验范围。一旦对照样本确定了样本的比对范围，如果印痕的特征表现非常明确，接下来的确证检验是非常简单的，只需要直接比对印痕的特征点与其几何位置关系是否一致就可以得出明确结论了。

第三节　分析检验数据及结果

虽然检验数据很多时候是由机器直接给出的，但是数据本身并不能直接说明问题。比如，超出预期的数值或者图标的出现，是由于检材被污染造成的，还是检材本身的特殊表现，或者是仪器运行不稳定造成的？这些需要有经验的人进行分析。每个检材的数据通常是不一样的，同样的检材每次检验得出的数据也是有差别的。正确的推导结论建立在正确的数据观察和认定上。因此，分析数据并由此出具检验结论是鉴定中非常重要的一个工作环节。

一、不同的鉴定人对同样的数据会有不同的鉴定结果

对于同一台机器，针对同一物证进行检验，得出的数据是大致相同的，但是不同的鉴定人会出具不同的鉴定结果。针对同一个痕迹，呈现在鉴定人面前的是同样的图案，有的鉴定人能够得出结论，有的鉴定人得不出结论，甚至得出相反的结论。这就是因为鉴定人存在差异，在判断和认识上有所不同。过于夸大数据的正常变化，或者忽视数据的不正常表现，均得不出准确的鉴定结论。笔者曾经检验过一项签名，当时签名的背景是：合同双方在签订协议时，书写这项签名的人是在迫不得已的情况下签下的，

内心并不情愿。书写人在书写签名时故意改变了少许笔画的书写形态，而整个签名笔迹的大致形态仍然与其平时的签名相同。同时，书写人在连笔书写的过程中有不适当的停顿。初次检验时，鉴定人将其作为一般的仿造笔迹对待，得出了签名笔迹系模仿签名的错误结论。一般的仿造签名的外形酷似被仿造人的笔迹形态，但是会因为违拗自己的习惯便利性而成为非书写便利性，表现出书写停顿、抖动等。这个签名的认定结论是依据那些鉴定价值非常高、一般人无法模仿的书写特征认定的同一。如果这类案件出错了，很多人将这种技术性的错误称为"经验不足"。事实上，深究错误的原因，并不是所谓的"经验不足"，一些从事笔迹鉴定工作数十年的鉴定人仍然会发生这样的技术错误。根本原因在于，鉴定人对笔迹特征的鉴定价值及其决定因素没有清楚的了解。笔者在专著《笔迹特征的理论与实践新探》中，对笔迹特征的鉴定价值和形成原因已经作了统计基础上的研究，鉴定价值与书写难度成正比，这个书写难度是针对一般人的。正是因为个别人能够轻松实现这个高难度的书写形式，一般人无法实现，才导致这种鉴定价值很高的特征出现。

二、性状类物证数据分析

一个鉴定人的水平体现在对诸多特征数据的分析和把握上。每个特征数据对于检验结论的鉴定价值都不一样，检验人员既要有专业知识的广度，又要有专业知识的深度。不同类别的物证，其特征价值的表现形式不一样。对于性状类的物证，要看它对于待确认的某项事实的关键作用是什么。比如，要检验一枚断裂的螺栓，可以通过检测它承载的负荷确定其硬度，也可以通过检测化学成分和分子结构确定其材料制作的工艺。即使材料硬度达到了要求，如果规格较小，其能够承载的负荷也小。规格因素对于螺栓的断裂是至关重要的因素。每种特征数据的价值体现在它对于作出明确鉴定结论的意义。材料的成分和制作工艺上的特征只是一般价值的特征，只是说明用这种材料制作的螺栓不适合用在可能导致事故发生的机器上，它仍然可以被用在别的地方。虽然螺栓的规格特征对于作出事故结论具有意义，但是仍不能说明导致事故发生的直接原因。螺栓的负荷测试数据才是最具价值的特征，直接说明了事故的原因，对于事故的原因认定最具鉴定价值。通常，每种螺栓都有硬度和大小的分类，运用到机器上，一定是经过选择的，不是随便拿来使用的。问题在于，这个螺栓的鉴定是

否直接检测载荷就可以了？鉴定价值较低的数据特征的确认是否是多余的工作，没有什么意义？鉴定必然是一个全方位的鉴定。一些数据虽然对于结论的意义不及其他数据来得直接，但是可以佐证其他数据。这是一个联合证明的问题。比如，载荷的检测数据是否有问题？检测载荷的机器是否正常工作？如果有螺栓的成分和分子结构以及规格的数据相佐证，可以说明这个载荷的测试是正确的。一旦发生了问题，原因有多种，既有直接原因，也有间接原因。因此，一项检验必须是全方位的检验，才能提供正确分析的数据条件。同样，对于检验数据的分析，既要分析每项数据的价值，又要分析所有数据项之间的联合价值状况。

三、运动类痕迹数据分析

对于运动类痕迹的检验，也存在数据的分析。这类检验报告在实践中存在的问题集中表现在特征数据的分析上。鉴定人往往做不到对数据的准确判断与分析。造成这种结果，有一系列的原因。运动痕迹受多种因素的影响，其特征的稳定性不像性状类物证那样足够好。所以，对待那些显示为证据特征的数据要极为慎重。

这些影响特征稳定性的因素在外在表现上主要有三种：一是同一种运动的表现形式有多种变化形态。比如笔迹，同一笔画每次书写在形态上都多多少少有变化。如果这些变化形态有共同的特点，说明其仍然是有一定程度的稳定性的，只要有稳定性就可以称之为“特征”。如果变化形态可以分为两种或几种稳定的变化形态，那么这种运动形式可以确定为同时存在两种或者多种特征。比如，笔迹中两个笔画的交叉位置总是表现为偏离于正确位置点的某个方向上的变化形态。每次书写的交叉位置点总是在正确的位置点的某个大致方位，诸如上面、下面、左面或者右面的某些位置出现。尽管每次出现的位置点都不同，但这些位置点都在同一个方位，这种共同性表现仍然是一种特征表现。再如，“L”的书写有两种形态，即一般书体和花体（第二笔表现为特别的曲线形态），每次书写时，要么表现为前一种形态，要么表现为后一种形态，说明运动方式表现为两种特征类型。二是影响特征稳定性的外在表现。这表现为人为的故意改变，如故意改变笔迹书写形式、嗓音的发音形式、工具的使用方式、行走习惯等。这种人为的改变可以使某些特征发生变化，其中有些特征的表现形态通常是在人的注意力范围之外的，或者是主观因素无法控制的，所以被完好地保存了下

来。虽然如此,嫌疑人仍然暴露了以运动轨迹为表现形式的运动方式的特征。三是运动方式自身的改变,这是不受人为的主观因素所控制的。这是因为形成运动痕迹的主题发生了性质的改变。例如,笔迹会因为书写人生病、年老出现颤抖,导致书写水平下降。嗓音也会随着年龄的变化、内分泌的改变而产生变化,如青春期的变声,进入更年期之后声调的改变,高龄的人出现嗓音颤抖的现象。

由于这类物证的检验目的在于通过运动方式的表现确认运动习惯,运动的情况较为复杂,选择哪种运动发声,不确定的因素太多,所以对鉴定人的素质要求也是非常高的。鉴定人的素质主要表现在检验人员在种类特征的认定上表现得更加特别。在特征认定上,比较性状类和外表形象痕迹类的物证检验,后者要简单得多。性状类和外表形象痕迹类的检验中,往往根据样本的种类特征不同就可以将嫌疑人排除在外。比如指印,如果检材指印的中心花纹的形态与某个嫌疑人样本的中心花纹的形态不是同一类别,就可以直接排除嫌疑人。如果待检验的水泥与某个厂家生产的水泥的种类特征不同,也可以排除其关联性。但是,运动痕迹类的物证的种类特征却表现得极为复杂。比如,习惯写斜体字的人可以为了掩盖自己的笔迹表现,采用非倾斜的字体书写形式。所以,不可以因为种类特征的表现不同而将其排除在嫌疑人的范围之外。但是,并不是所有的种类特征不同都可以排除嫌疑人,有些貌似种类特征的表现形式却是稳定性的特征,常不受人为因素的影响而改变,可以作为认定和排除嫌疑人的依据。如笔迹和嗓音的概貌特征,这样的特征实际上是诸多个性化特征的综合表现。这类特征表现得复杂,且难以对其以具体的概貌形态类型简单加以命名。但是,这类特征毕竟是存在的,而且是相当稳定的,不易被改变或者被模仿,因此具有重要的鉴定价值。对这类特征,很多人潜意识里将其认定为种类特征。但是,从本质上看,笔者更加相信它其实是个性化的特征,像某个鉴定价值极高的笔迹特征和嗓音特征一样。我们也可以认为它是一种由多个个性化特征联合加强的聚合特征。运动痕迹类物证的鉴定,其实是透过轨迹的表现形式推测运动的各种运动方式(也可称之为“习惯”)组合的综合价值,或者说其个性化的运动方式的总和所形成的特征组合体,判断这个组合体是否在所有嫌疑对象范围内达到了唯一的程度。

那么,应如何分析和对待运动痕迹类的物证特征?由于运动方式的特征种类复杂繁多,每种运动形式的情况均不一样,所以不是每个具体的运

动形式都可以被称为“特征”，只有那些个性化的稳定的运动形式表现才能被称为“特征”。稳定但不是个性化的运动形式不是特征，个性化而没有稳定性的运动形式表现也不是特征。每种可以被称为“特征”的运动形式的情况均不一样。许多特征性运动形式是细微复杂、高难度的动作，是他人无法注意或者模仿的，在认定模仿的运动形式和变化的运动形式时具有重要的作用。有些特征性运动形式表现得非常精细复杂，要人为控制和改变是极度困难的。人为操控的变化形态在认定伪造和改变的运动习惯方面具有非常高的鉴定价值。判断特征性运动形式，要根据其轨迹的形态表现，研究其形成原因及其在群体范围内的出现几率，判断其对于认定运动习惯综合体的同一所具有的重要价值。这个研究运动形式机理的前提必须是保证可靠的，这样下一步的鉴定价值确认才是有意义的。鉴定价值高的特征性运动形式在鉴定中扮演重要角色。比如，在笔迹鉴定中，如果一些特征本该表现为不易改变的、难以控制的特征性运动形式，结果发生了改变，说明检材笔迹和样本笔迹不是同一人书写。如果不易改变、难以控制的特征性运动形式没有发生改变，而相反类型的特征性运动形式，即可以改变、可以人为控制的特征性运动形式发生了诸多的变化，仍然可以认定为同一人的笔迹。问题是运动类特征的分析和判断比较复杂，主要表现在：如何判断哪些是属于难以改变、不受控制的特征性运动形式？比如笔迹，具体到从体现特征的某个书写形式上如何判断其书写难度，需要鉴定人临时检验。即鉴定人自己模仿这些书写形式，看看能否实现和书写人本人一样的书写形态。虽然这个方法欠科学，因为一个人的书写状况和书写水平与其他的人是有区别的，鉴定人自己的书写情况可能不具有普遍的代表性，但往往是简单有效的。如果要做得更加科学，就需要找一些人模仿这些书写形式。如果多数人无法模仿，说明这种书写形式的难度较高，属于鉴定价值高的特征。嗓音检验也是如此，只是关于嗓音的特征性运动形式的具体表现及其鉴定价值，尚无人进行过统计学上的研究。如果可以确定待检验的笔迹和嗓音是正常的状况，那么判断特征的方式以统计数据为标准。这种特征在所有的同类群体（如嫌疑人群）范围内出现的几率越低，其鉴定价值越高，在群体范围内出现的几率与鉴定价值成反比。

四、物证印痕类数据分析

对于图像类的痕迹检验，特征的数据分析仍然重要。联合的价值也在

于特征间的平面或者空间的组合几率。图像类物证的特征数据分析相对来说比较单纯。一般来说,只要图像清晰度达到一定的程度,就可以简单比对并得出结论。这类物证的图案上有两类特征,即种类特征和个性化特征,如鞋印上的印制花纹特征和损伤特征。个性化特征的形态和诸多个性化特征的相对位置关系一致最终是认定同一的依据。

五、实务中的痕迹分析

在物证技术实务中,痕迹兼具形态学和物质两个方面的意义。例如,指印在形态学意义上是指纹留下的反映形象;在物质方面表现为指印纹线中的物质和人体汗液的物质成分,包括水分、有机物和无机物。又如,用撬棒撬门对门的损害同样表现为形态学和物质两个方面的意义。首先引人注目的是,由于杠杆的作用,撬棒与门接触的头部位置在门上造成凹陷痕迹,为形态学上的反映。形态之所以发生改变,是因为门这个承受客体受到挤压,在力的作用下,物质分子的排列同时受到压缩和伸张两种作用,分子间距发生改变,承受客体产生弹性变形,表现为分子结构受外力影响产生内应力。在弹性限度内,外力和内应力同等程度增长,如果此时外力消失,则客体上不会形成明显的凹陷痕迹。当外力继续增加,超过内应力所能增长的极限时,分子结构发生破坏性的改变。这种改变是不能恢复的,为永久性改变,在形态学上表现为立体痕迹。这在立体痕迹上也可以表现为造型体留在承受体上的碎屑,或者承受体留在造型体上的碎屑,这些碎屑也属于痕迹在物质学上的意义。

在实务检验中,往往更加注重形态学上的比较检验,物质层面上的检验很少。比如,如果同样的工具对不同物质种类的客体,用同样的作用力方式,那么产生的破坏性的形态痕迹则表现为不同的情况。如果要在法庭上准确描述这些客体系由同一工具所形成,就需要对这些客体上的形态特征的不同表现从物质属性上加以检验和描述。

在平面痕迹中,痕迹无论是在形态学的意义上还是在单纯的物质层面上,都是由物质的形态表现出来的。这种物质可以是液体、粉尘,还可以是半固体等形式。液体的痕迹如消退字迹的药品溶液在纸张上形成的痕迹。根据形成的原理,液体的痕迹有浸润型和渗透型两种。随着时间的变化,浸润型会变为渗透型。如印章印泥覆盖在打印文字上的形态,短期内是附着状态的浸润型,时间久了就会变成渗透型,附着状态的形态特征就被改

变了。固体或者半固体物质附着在客体上形成的痕迹是由于物质的分子与客体表面的分子之间有静电引力的作用,导致两者黏附在一起。这些物质的检验具有非常重要的意义,可以解释新的案件信息。

第四节　对鉴定结论的说明

鉴定结论是对整个鉴定的总结,是需要向外展示的一种证据检验结果。所以,有必要对结论的性质和状况进行说明,让法庭对证据检验结果有一个客观的判断和评价。对鉴定结论进行完整的说明,是鉴定人应尽的义务。

一、鉴定人在法庭上的地位

鉴定人在法庭上具有中立的地位。在我国的司法实践中,鉴定人是经一方当事人申请,由法院聘请,对专业证据进行检验并出具鉴定结论。鉴定人中立的地位意味着他无论受谁委托,对证据所进行的检验是依据科学原理和可靠的技术方法从事的工作;一旦该工作的结果经验证是可信的,其所出具的鉴定结论也可以推定为来源于科学原理和可靠的技术方法。

二、鉴定人遵从的是自然的科学法则

这里有两重含义,遵从自然的法则,说明鉴定人始终应是尊重证据的原本状态和价值的,不可以受爱好、偏见等主观因素的影响。能够遵从自然的法则,说明鉴定人在法庭上应是客观公正的化身。即使是司法鉴定辅助人,虽然受一方当事人的委托,对鉴定可能存在的问题协助委托人进行质询,但其性质仍然是中立的。因为他或她对证据检验质询的依托仍然是科学原理和可靠的技术方法。这个中立的性质从法庭审判中可以看出来,鉴定人和司法鉴定辅助人均是处于证人席上的。正是因为中立的性质,所以鉴定人和司法鉴定辅助人承担着较重的法律责任,即如果故意伪证,就要承担相应的刑事责任。也正是因为中立的性质,司法鉴定检验报告书具有某种程度上的权威性。实践中,确实有鉴定人夸大并依仗这种权威性,无视法律的尊严,丢弃了公正的立场。这通常表现为对当事人的质疑不回答,进行反击,以科学为借口随意应付,以对方不懂为借口不予理睬等。这就使得这项检验被人为地抹上了神秘的色彩,最终导致很多案件在迷茫中

依照鉴定结论进行宣判，鉴定人在某些方面代替了法官的角色。

三、鉴定结论并不总是客观公正的

人们习惯于认为鉴定结论是客观公正的，然而现实并不总是这样一个理想的状态。实践中，也有鉴定人因接受贿赂而故意改变检验行为的现象。比如，一项笔迹检验原本可以出具肯定同一或者否定同一，就是因为这种明确的结论对行贿人不利，所以鉴定人故意出具检材不具备鉴定条件或者鉴定机构的条件无法检验等结论。还有鉴定人在一起所谓的“强奸”案件中，接受女方家属贿赂，虽然“受害人”没有受到任何伤害，却故意出具外阴红肿等结论，显示“被害人”确实受到了侵害。如果将来被要求重新检验，因为时过境迁，“红肿”可以消散，伪证的行为永远无法被证实，原来的“疑似强奸”的鉴定结论也无法被推翻。“强奸犯”的罪名就这样被鉴定人给认定了。这种伪证行为所出具的鉴定意见在实质上是过时不可复查的一种结论。由于这些违规的行为，“伪证罪”的帽子似乎无法戴在这样的鉴定人头上。当然，也有鉴定人因为经验和能力的问题，出具错误的鉴定结论，这与故意伪证的行为有本质的区别。通常，这种属于正常现象的鉴定问题的发生是有原因的，比如伪装者的造假手法极为高超，鉴定人检验不仔细，容易受到迷惑。还有的检验项目需要加入较多的主观判断因素，出具的鉴定结论的可靠程度就会打折扣等。无论何种因素，鉴定存在问题的现象总是难以避免的。当存在这种情况时，很多鉴定人并不希望被提及、被纠错。因为这可能给鉴定人带来名誉上的损害，或者造成其他不利的后果。所以，鉴定人在法庭上潜意识里不希望所存在的问题被揭示。但是，法官和当事人需要了解的是真相。通常，遭受有问题的鉴定或者检验结论不利影响的当事人不知道如何采取合适的补救措施，很多律师都不知道司法鉴定辅助人的存在。即便申请鉴定人出庭，也无法对专业的内容提出实质性的问题。所以，鉴定人更应该在职业道德上严格要求自己。

四、向法庭说明真实情况无损鉴定权威

鉴定可能存在问题，这是一个事实，鉴定人有义务如实向法庭作出说明。尤其是那些需要运用较多的主观判断因素鉴定的检验事项，为避免法官对鉴定结论的确定性估计过高，给出适当的说明是非常必要的。这样做在法庭上不但不会妨碍鉴定的声誉，反而会树立鉴定的信誉。笔者希望更

多的鉴定人具有这种职业意识,以更好地净化鉴定的环境,增加鉴定的公信力。

第五节　鉴定结论在法庭中的作用

鉴定人仍然需要被提醒,改变这样的观念:鉴定结论确信无疑就是铁的证据,像其他证据一样。从本质含义来说,证据是确信无疑的。然而,证据在法庭上达到确信无疑的状态并不是没有过程而直接呈现的。证据确信无疑的状态的达成与实现是有一个过程的,这个过程就是法律上的质询。鉴定结论也是如此,因为加入了科学的成分,为了尊重科学和法庭不致受到误导,更应当接受充分的质询,将复杂的科学手段和过程以简单的方式加以说明。任何人都不应该受到打着科学幌子的欺骗。鉴定人不是科学的化身,而是科学的运用者。对于少数鉴定人,需要提醒的是:不应当有特权的思想和观念,不应当有无视他人的傲气和霸气。当然,这种特权的思想和傲视他人的态度是有其深层原因的,不仅仅是其对于鉴定的不自信,还包括水平低、业务差、有贪念等因素。专业水平差表现为科学知识贫乏,执业过程中不注意对专业知识的深入研究和积累。遇到检验案例,采用的经验方法简单粗陋,检验的过程漏洞百出,对检验过程和检验数据缺乏深入的了解。一旦出具的检验结论在法庭上受到质询,鉴定人必然内心慌乱、无所适从,从内心深处就不希望作出解说,惧怕出现更多的漏洞。业务差表现为对于证据检验的理解范围很窄,对于一项物证能够做哪些检验、解决什么问题所知有限。有些鉴定人所做的案例无论是其所选取的检验方法,还是对检验数据的分析,存在诸多问题,平时对其投诉较多。

一、证据的综合物证技术检验

物证其实是一个信息综合体,每一个信息都说明了与案件有关的内容以及与物证有关的人的行为。笔者在检验物证的实践中,对证据委托检验机构的检验要求尤为重视。遇到电话接洽的检验事宜,笔者通常说的是:“把物证拿来看吧,看看我们可以做什么检验。”遇到原始状态的物证,笔者通常会说:“希望你们不要动那些物证,我会亲自跑一趟,看看需要怎么做。”因为每个案件的情况都不相同,所以每个案件的证据也不相同。非专业人员并不真正了解这些物证可以做什么样的检验,在物证的提取和转移

的具体工作中，会意外导致物证发生改变或者毁损，给鉴定的操作带来困难。

比如，在一起反贪案件中有这么一张现场照片：

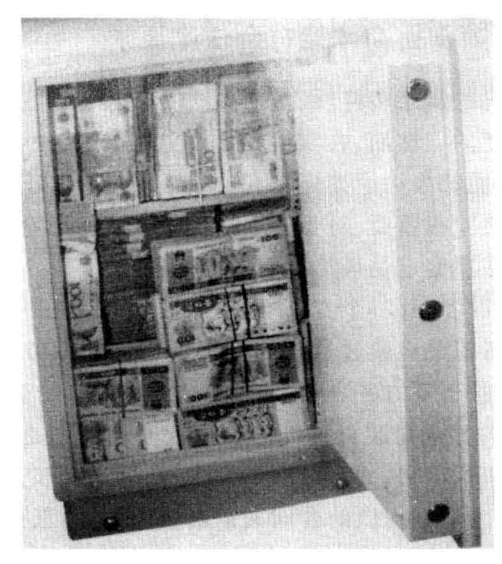


图 7-5-1　在樊中黔家中发现的第一个保险柜，内有赃款约 700 万元

从该照片中可以看出，有诸多的物证。嫌疑人樊中黔被控制后，当被问其保险柜的来历时，他说是他做生意的二哥放在自己家里的。外行的人看到的仅仅是保险柜里面的纸币，最想知道的是纸币的数额。只有专家知道这个保险柜涉及的物证种类繁多。保险柜外面可以找到指纹，如果它是嫌疑人二哥的，上面就可能会有嫌疑人二哥的指纹；由保险柜的型号可以追踪购买人是谁；由纸币的版面可以追踪受贿时间；由相同的纸币包扎方式可以推定受贿次数、纸币出自的银行以及行贿人，包扎用的纸条上可能有银行出纳的印鉴；纸币捆扎的方式反映了捆扎人的个人习惯；一沓纸币最外面的两张可能会有行贿人和受贿人的指纹。可见，这个保险柜中的物证很多，需要做的鉴定或者检验项目也很多。这些证据只要有一两个发挥作用，对案件调查的进展就会有意想不到的收获。可惜办案人员除了邀请四名银行职员携带四部验钞机对赃款金额进行查验，确认数额为 700 万元之外，这个保险柜在本案中再也没有了任何其他的利用价值。实践中，案件的调查人员和证据检验人员的证据意识状态令人担忧。造成这种局面

的主要原因有三个:长期低水平的工作环境、领导不重视、职员没有接受关于证据的专业培训。在刑事案件的调查中,重视口供胜过重视物证。前文张辉、张高平的强奸致人死亡案件是典型的代表。

二、委托事项需协商才能符合法庭要求

鉴于物证情况的复杂多样性,笔者认为,委托人与鉴定人的充分沟通和配合是非常必要的。然而,在实践中,多数案件都做不到充分沟通。所以,证据的很多方面都失去了鉴定条件,或者失去了对证据全面鉴定的条件。证据的全面检验很重要,对于揭示案件的真实情况有重要的帮助。一个证据可以进行多项鉴定是最为理想的鉴定案例。

全面检验物证在另外一个方面也非常重要,那就是一项检验要从不同的方面进行。笔者曾经检验过这样一个案例:甲、乙双方因为合同的履行产生了纠纷。原、被告双方各自提交了双方共同签订的合同,这两份合同均有四页 A4 纸,并显示是装订过的。两份合同相同的是第一、四页,均加盖了合同双方的印章印文。两份合同均没有骑缝章。双方对第一、四页均没有异议,但均认为对方提供的合同文本调换了第二、三页,要求检验哪一方伪造了合同。笔者分别检验了两份合同,共采取四种检验方式:(1) 分别检验了两份合同中每一页打印文字的左右页边距,发现原告方合同四页的打印文字的左右页边距均一致;被告方合同的四页中,第一、四页的打印文字的左右页边距一致,第二、三页的打印文字的左右页边距与第一、四页不一致。(2) 检验了合同纸张的荧光反应,发现原告方合同四页的纸张的荧光反应表现为粉色;被告方合同中,第一、四页纸张为粉色荧光反应,第二、三页纸张的荧光反应为绿色。(3) 在高倍显微镜下检验了合同中笔画的喷墨形式,发现原告方合同的四页的打印文字笔画中的喷墨形式表现一致;被告方合同中,第一、四页的打印文字笔画中的喷墨形式与原告方的打印文字笔画中的喷墨形式表现一致,第二、三页纸张的打印文字笔画中的喷墨形式表现为另一种形式,说明与其他打印文字不是出自同一台打印机。(4) 检验了装订痕迹,发现原告方合同的四张纸的装订痕迹一致,被告方合同的四张纸的装订形式不一致。仅仅是前三项的鉴定并不能必然确定被告方伪造了文件,因为被告方可能声称文件的中间两页被调换是经过双方一致同意的,之所以后来产生两份合同不一致是因为原告方发觉以前的第二、三页对自己有利,又重新换上去了。那么,第四项关于装订痕迹

的检验可以说明，原告方所提供的合同从第一页至第四页，所有的装订痕迹都是一致的；而被告方所提供的合同中，第一、四页是一致的，中间的两页是不一致的。第四项检验在否定原告伪造文件、加强证明被告伪造文件的意义上更加深了一层。因此，鉴定痕迹采用多种方法对物证进行检验，是保证证据检验结论正确的途径，可以排除偶然性因素所导致的鉴定结果的不确定性。所以，对鉴定的高水准要求是：一定要尽可能穷尽一项物证的所有检验。

三、运用可以运用的一切鉴定方法

由于物证的情况复杂，每个案件中的同类证据都不一样。从理论上讲，对于物证的技术检验可能会用到任何种类的技术。不怕物证复杂，就怕技术人员想不到合适的检验办法。笔者在教学中经常讲的一个案例是：某工人正在操作电钻，结果从 13 层楼上摔下来。究竟是失足掉下来，还是触电死亡？经现场勘验，发现死者所使用的电钻的插头接地极被人用钳子剪掉了，电路线有一段胶皮被剥脱并缠绕在一起，属于故意造成短路的状况。另外，死者所穿的具有绝缘作用的胶底鞋被钉进一枚图钉，就是说鞋子的绝缘作用没有了。种种证据表明，这是为掩盖谋杀制造的触电事故。但是，尸体检验并没有发现电烧伤的痕迹。如果出具触电死亡的鉴定结论，那么对这个矛盾就无法合理解释，结论的正确性就会受到质疑。如何解决这个矛盾，就看技术人员是否能够敢于尝试，扩展思路了。最后，技术人员对死者血液的电阻和成分进行了测试，发现死者血液的电阻很小，血铁含量是正常人的六七倍。电阻小意味着电流通过血液不会发热，也就不会在人体表面呈现烧伤的形态。所以，鉴定人的发散性思维对寻找具体案件新的物证检验方法具有非常重要的意义。

第六节　证据综合技术检验的技术人员的素养

综合物证检验在实践中并没有得到充分实施，通常都是单一的检验，或者是一个物证有两项鉴定。鉴定的方法往往也是单一的，并不能满足鉴定的需要。鉴定作为一种科学活动，应当体现得更为完整、严谨才属于达到了科学的基本要求。综合证据检验在目前的鉴定实践中作为一项要求被提出来，是一种进步。随着司法鉴定行业的不断发展和进步，这是迟早

的要求。综合证据检验不但可以增加鉴定的准确程度,而且可以发现证据中尚没有发现的问题。因此,要达到这个要求,鉴定人需要具备多方面的知识和技术能力。

一、广博的知识范围和丰富的经验

证据的综合物证技术检验对技术人员的要求非常高。物证技术人员最好是个多面手,其知识面应非常广。实务中的物证不限于教科书或者法律条文中的种类,可能是任何物体、物质或者物体和物质的反映形象。物质也可以是看不见的物质形态或能量,如气体、声音。

从物证本身的形态特点可分出物品,如纽扣、撕破的衣服等。不具备具体的形态上的证据意义的可以是物质,一般常见的为微量物质,包括气体、粉尘、液态物质等。有的物体形态反映内容。如文书,反映内容和书写动作。有的物证反映物体相互作用的痕迹,如工具、枪弹痕迹等。还有不直接反映案件信息,必须靠介质存储和借助播放设备播放的物证,如光盘、硬盘、优盘、软盘等信息介质物证。所以,物证检验人员必须熟知各种物证的性质,也必须了解各种物证的众多形态特点。

根据物证检验的方法,可将其分为:(1) 生物物证,指借助医学和生物学的方法检验的物证,如法医病理、尸体现象、DNA 和其他生物物证、蛆虫的繁殖速度等;(2) 物理物证,指借助物理学的方法检验的物证或者其他物理现象;(3) 外表形态学检验的物证,如文书中笔画叠加、爆炸物金属颗粒、肉眼观和镜下观、光学原理和电工原理的检验;(4) 化学物证和介质显示物证,根据证明作用可分为直接物证和间接物证。所以,物证技术检验人员必须熟悉众多的物证技术检验方法。

实务中的物证检验,又称"物证技术"或"法庭科学"(Forensic Sciences),是基于运用科学原理,采用技术手段,对案件中发现的物品、物质、文书和痕迹等进行显现(血迹、指纹、印压笔迹等)、记录(拍照、静电复印等)、提取(粘取、抽取、气味吸附等)、识别(证据的真实状况及与案件有无关系)、检验(定性、定量)、鉴定(同一认定或种属认定)的总称。实务中的物证检验可以使用任何方法,只要这种方法有科学原理的支撑,并且可以在法庭上合理解释。这就要求物证技术检验人员能够对各种各样的物证检验原理了然于胸,对各种各样的技术方法能够灵活运用,尤其是能够综合运用。

二、物证技术鉴定实务中优秀鉴定人的素养

物证技术涉及各种学科的专业知识,合格的鉴定人要通晓各种学科的专业知识,知识范围越广越好。物证在案件中的出现与物证关联人(罪犯和伪证)的个人情况有密切关系,而人与人之间的行为、心理区别于其所处的社会环境,人与人之间在社会关系的纽带中密切联系。所以,优秀的鉴定人必须通晓社会学、心理学的知识,不了解罪犯和伪证者就不可能真正了解物证。物证检验结束,其经过和结果最终要被运用到法庭上,不了解案件的发生规律就不可能在法庭上恰当阐述物证的由来,不了解案件的审判就不了解如何应对专家证人证言的质询。

优秀鉴定人与普通鉴定人的区别表现在以下几方面:

(1) 知识体系的广度和深度

鉴定人知识体系的广度和深度决定了其思维方向的准确性,尤其是在针对某项物证不确定应当进行什么检验的情况下。比如,现场发现了某种粉末,它究竟是什么东西? 检测它的成分要涉及化学成分分析,测定它的物理属性要用到物理学的分析方法。这种物质怎么会出现在犯罪现场? 这种物质通常应当在什么地方存在,有什么用途? 这种物质在现场会产生什么结果和效果? 应根据这种物质的用途,分析犯罪现场的情况,推断罪犯的犯罪目的,并结合理化属性推断其在犯罪现场所起的作用。知识体系的广度和深度决定了物证检验的程度,也决定了能够发掘案件真相的深度,最终决定了物证的使用程度。

(2) 丰富的实践经验

虽然每个案件都不同,但是案件见得多了,在作案手法和动机、案件的现场情况、物证的情况等方面都有某种类似性。这种类似性就是技术人员对物证作出判断的依据。在犯罪现场,经验丰富的人不仅知道犯罪嫌疑人会留下什么样的物证,而且熟知不同物证或不同物体上的物证性质,从而采取最恰当的方法处理和检验物证。比如球形金属门把手上的指纹,如果用拍照的方法提取指纹形象,只有那些有经验的人才能消除球面反光,拍下清晰照片。球面上的指印经拍照之后,也只有有经验的人才能完整提取指印。

(3) 对于运用主观判断因素多的鉴定项目,判断的准确率是衡量专家水平的因素之一

任何鉴定项目都不可避免地加入了鉴定人的主观判断。对于被检验

物证来说,物证特征的稳定性越好,运用主观判断的成分就越少;反之,则越多。比如,笔迹鉴定、书写时间鉴定等。以上是物证处于正常情况下的状态。如果物证处于非正常状态,比如模糊指纹或者痕迹物证在形成过程中由于某些因素的变化导致的特征变化,对于特征的认定以及特征点的比对就需要进行较多的主观判断。这个主观判断究竟是属于盲猜还是有依据的判断,只有鉴定人自己最清楚。在理论上和证据意义上,均要求鉴定人的主观判断不是盲猜,而是有依据的判断。但是,这个依据通常并不是非常明确的,而是难以描述的,甚至无法确定是否排除了猜测的成分。

那么,从鉴定人的外部如何评价其主观判断是否有客观的依据?经验性的东西属于意识的范畴,缺乏理论上的依据和科学方法上的支持。先验性的理论假设有可能使得研究人员不自觉地从实验数据中得出错误的结论。这种依据经验所得出来的检验结果似乎是科学可靠的,但是鉴定人所阐述的鉴定依据往往是似是而非的。该鉴定结论作为证据提交法庭时,从审判的角度,法官希望可以经过充分质询并最终达成一致意见。然而,对于包含主观判断因素较多的鉴定项目,由于结论所依据的理论是先验性的,关于其对于具体的检验是否就必然适用,法官或者其他人仍然无法达到内心确信的程度。这是因为,人们无法对鉴定人大脑中的先验性理论的准确性和普适性进行验证。

那么,应如何对待含有鉴定人主观判断成分较多的鉴定项目?一概否定这类检验,就等于抛弃了珍贵的证据检验项目,同时也让可贵的证据丧失了作用。如最常见的笔迹鉴定,它是包含主观判断成分较多的检验项目,由于人的肢体(手臂)运动的不精确性,同样一个动作,多次重复,经过的轨迹总是不一致的。所以,相比痕迹特征,笔迹特征的稳定程度是极其低下的。加上可能会出现的人与人之间的笔迹相似性的干扰,以及模仿笔迹或者掩盖自己笔迹情况的存在,如果笔迹鉴定人对书写动作没有足够的了解,出具错误的鉴定结论一点也不奇怪。虽然笔迹鉴定在法庭上很难以客观的形式进行质询,但是笔迹鉴定结论在法庭上得到认可的机会还是很多。这是因为,需要鉴定的笔迹情况有很多种类,如果有些待鉴定的笔迹书写情况正常,笔迹的数量足够多,用于比对的样本正常,数量也足够多,那么还是可以出具正确的鉴定结论,也是能够在法庭上得到充分质询的。有些文件上的笔迹条件虽然欠缺,但是在法庭质证中鉴定人能够给出令人信服的依据,加上案件中其他证据的辅助证明作用,这样的鉴定结论还是

可以被法庭接受的。笔者认为，在那些含主观判断成分较多的鉴定项目上，对鉴定人的鉴定效果要有一个考评机制。那就是评价鉴定人在某项含主观判断因素的鉴定项目上测试其主观判断的准确率。对现实中出现的某类需主观判断的物证，应设计不同的难度，测试鉴定人的判断水平，并针对检验鉴定人成绩的客观标准和检验方法形成标准化的测试。这需要上升为官方的一种对于鉴定人鉴定准确性的管理手段。

三、优秀鉴定人负有向法庭准确阐述其所做某项鉴定相关事务的义务

优秀鉴定人应该具备优秀的品质、公平正义的良心和对事实的尊重，这是一项道德要求。但是，在鉴定实践中，要具备这个优秀的品质也不是一件容易的事情。因为鉴定人可能在经过所有的努力和辛勤劳动之后，终于有了自认为明确的结论，倾向于不希望让检验成果付之东流。鉴定人在法庭上受到质疑时，通常会感觉不能接受；倘若主动向法庭说明这项检验结果是不确定和打折扣的，更是一件不容易的事情。从证据的实质意义和鉴定人的工作性质来讲，追求真实是唯一目的。追求真实不能仅仅局限于检验物证的结论，更要扩大到自己的经验方法和操作程序上。在审判实践中，针对专家意见的质询并不充分，社会上仍然有尊重权威、不愿挑战权威的意识，而鉴定人无疑处于特权的位置上。正是因为如此，鉴定人更应当具备卓越的、表现出尊重物证和司法层面上的道德标准。

第八章　专家证人出庭接受质询的标准化

专家证人出庭接受质询处于混乱无序的状态。首先,法律将司法鉴定结论直接规定为证据,导致法庭对于案件中的司法鉴定要不要质证以及如何质证无所适从。其次,鉴定机构的身份界定错误,导致鉴定人不愿意出庭作证。鉴定代表的是鉴定机构的意见,不是代表纯粹的专家的个人意见,这导致专家证人的出庭处于尴尬的地位。最后,关于案件中的鉴定结论如何质证没有法律性质的指导规范,从而使得法庭质证无法可依。

第一节　专家证人的身份性质

专家证人包括司法鉴定人和与法庭证据工作有关的专家,如司法鉴定辅助人。首先,专家的工作性质与法庭审判有关。没有法院审判,就没有专家证人存在的必要。其次,专家与其专业有关。没有专业知识,就无法处理相关的证据问题。所以,专家证人的身份性质是特别的,其一切行为均应以法庭的需要为前提条件。

一、解释并论证证据

专家证人的工作是对案件中涉及的难以解释其与案件的关系的证据,运用科学知识加以检验、解释、确证。因此,应邀请或接受委托,由具有专业知识的专家和技术人员进行该项工作,并经要求在法庭上进行演示和说明;同时,接受双方当事人的质询,以查明该项证据是否证实了案件中的某种事实。例如,遗嘱签名是否系伪造形成。又如,查明证据与案件事实是否有因果关系,如车祸中人体上的伤害情况是否符合碰撞的情况,并作出解释与说明。再如,对案件中的一系列证据所证实的案件事实进行逻辑上的分析和验证等。专家证人的范围非常广泛,凡是具有专业知识的人均可以以专家证人的身份存在。专家证人存在于各个行业之中,建筑师、药学专家、心理咨询师等都有可能成为专家证人。因此,专家证人的资格和范

围不需要通过官方授予的形式加以确定。案件的情况多种多样，证据也多种多样。如果某个行业未经管理机构授予司法鉴定的资格，而案件中却出现了需要运用该种科学知识进行检验的情况，那么这个资格授权的规定必然成为法院审判获得专家帮助的障碍。

二、刑事案件的证据鉴定及检验人工作应当被明确规定在质询范围之内

鉴定人按照参与检验的案件的性质不同，区分为民事案件的证据鉴定人和刑事案件的证据专家。刑事案件中负责证据操作的专业人员就职于警察机构，从事鉴定工作或者其他证据工作。这类专业人员的构成、工作状态及专业水平仍然处于不向外人公开的秘密状态。法庭审判需要的是明确无误的证据状态和由证据证明的事件发生经过。这不仅仅是法律的要求，更是审判公平正义的要求。任何法律或者管理部门都不应当以“国家机密”或者“案件机密”为借口，将刑事案件的证据工作排除在法庭质询之外。

三、司法鉴定辅助人的性质

在法庭中还会出现一种关于法庭科学或者司法鉴定的专家辅助人员，很多人也将其称作“专家证人”或者“专家证人的一种”。专家辅助人员的工作性质与其他专家证人不同，其工作是协助法庭质询并阐释专家的鉴定和证词，或者是协助一方当事人对专家证词进行质询，因为鉴定结论通常不为当事人所了解。

第二节　我国当前专家证人出庭作证的状况

我国自从出现法庭审判的司法体制，应该说就有了某种意义上的鉴定，尽管也许是不正式的、形式上不完备的鉴定。但是，在当时那种情况下，如果专家的解释是合乎道理和逻辑的，那么双方当事人都会接受。例如，《洗冤集录》中记载的以猪验证火场事件死者系活着被烧还是死后被烧。这说明专家的性质与生俱来，专家的可信性来源于其专业验证的可解释性，而不是来源于专家的权威本身。专业验证的可解释性意味着达到了一般人所能够理解的真相状态，权威本身并不具备解释验证状态的功能。

一、历史的原因导致专家证人的法庭证明作用不明显

我国一直以来的审判结构形式相对于西方的当事人主义的审判结构是极为简单化的,因此对待证据的方式也是简单化的。我国法庭科学的发展处于不完善状态,对于专家证人是否必须出庭作证,只是2013年在《刑事诉讼法》中才有强制性要求。鉴定人员在这种环境下自然缺乏出庭经验。现在,法律规定鉴定人在当事人有要求的情况下一定要出庭,这对鉴定人来讲确实是一项艰巨的任务。这具体表现在:鉴定人在法庭上不知道说什么,有的将自己的工作年限和职位搬出来,作为维护自己鉴定结论的依据;有的在法庭上拒绝回答专业的问题,或者找出各种理由拒绝出庭作证,甚至以向法庭递交函件的方式,对当事人质询中提出的问题作书面答复。从案件审判的本质要求上说,这并未起到证据质询的作用。

二、社会对待专家证人应有正确的态度

我国对待专家有一种极端的态度,要么将其不正常地神化,要么极端不信任。专家中有个别人为了经济利益不择手段。法庭科学的范围非常广泛,一名专家不可能精通所有鉴定项目。很多卓越的鉴定人在默默地工作,具有杰出的工作能力,除了业内人士,几乎没人知道他们的名字。

对待专家证人的正确态度是:应当回归于其专业工作,以其工作的程序和方法论证其证据工作是否恰当和正确,并论证其工作与证据有关的全部内容。即使专家证人曾经很出色,也不代表他在本案中的证据工作毫无问题,也不能因此而免除对其工作的询问和质证。盲从和盲信都不是对待专家证人的正确态度。

1. 专家证人出庭的目的

有的专家证人在法庭上尚不知道自己出庭的目的,认为是因为鉴定对其不利的一方当事人故意挑剔,以达到推翻鉴定的目的;或者认为出庭只是在法庭上走形式,心想:对于如此专业的鉴定,当事人能知道什么?谁又能把我怎么样?有的鉴定专家对自己的鉴定不能明言其操作规范,因此不愿意出庭,害怕在庭上阐述自己的鉴定过程,认为那样会导致法庭对自己的鉴定过程和结论产生不信任。

专家证人出庭时的思想不一样,导致其做法也不一样:有的被动应付,有的以科学、神秘的态度为挡箭牌拒绝回答,有的拼命还击以捍卫自己的

意见或结论,有的搪塞或者选择不回答。不同情况的相同之处表现为:出庭之前不做认真的准备工作,不会正确阐述自己的鉴定或者检验的过程,不会正确表达自己所持意见的依据。

专家证人在法庭上的正确态度是:以中立的态度,以规范的科学术语,以浅显易懂的语言,解释鉴定所依据的原理、操作的全过程;根据法庭对证据质证的要求,认真回答双方当事人及其代理人所质询的问题。对于符合法律规定的询问,鉴定人应当用通俗易懂的语言进行阐述和解释;反之,则应当依据正当的理由予以拒绝。

如果鉴定人无正当的理由拒绝回答当事人质询的问题,则应当承担出庭作证无效的法律后果。鉴定人拒绝回答质询的常见情况主要表现为:当双方当事人提出质询意见时,既不回答也不说明原因。

针对鉴定人不适当回答质询,拼命捍卫鉴定结论的做法,法律应当作出何种规定,才能使专家证人的出庭规范化? 这是不言而喻的,只是立法者还没有重视这个问题,或者是因为审判的模式还没有厘清,因而处于不确定状态。无论如何,无法可依的状态不应该持续下去。

造成鉴定人出庭态度不统一的状态,不仅与证据法律方面缺乏明确的规定有关,也与缺乏明确的鉴定技术规范标准有关。由于技术规范缺失,鉴定人在鉴定的过程中倾向于简单化,不仅操作过程简单,鉴定书的书写也简单。鉴定的过程和结果可以不照顾证据链的完整性,也可以不照顾证据变化的连贯性。鉴定人只需要做出鉴定的结论即可,除此之外均不在考虑的范围内。

2. 当前我国法庭上法官对待鉴定人的专家意见的态度

当前我国法庭上法官对待鉴定人的专家意见的态度处于混乱状态,不同的法官有不同的态度。充分了解各种鉴定类型、鉴定状况的法官会客观地对待专家意见,也会在法庭上认真听取对专家意见的质询,或者正确指挥当事人双方对专家意见的质询程序,以达到对专家意见的正确理解。

对专家的鉴定不甚了解的法官在法庭上面对专家证人时会有不同的态度,有的无所适从,不会提醒当事人寻求专家的支持,而只会告知当事人可以申请由其他的鉴定人再次鉴定。有的法官一味认定专家的意见是科学的象征,且是法定证据,不容置疑,并不听取对专家意见的质询。这无异于将专家作为法官看待。还有的法官索性说:“鉴定结论不需要质询,专业的东西我们也不懂。”

法官对待专家意见的态度会直接影响对案件的处理结果。如果一味遵从专家意见，会导致错案的发生，不利后果通常由法院承担，而不是由鉴定人承担。因为专家证人的证词也是一种言辞证据，而证据的真伪要在法庭上质询确认。如果该证据在法庭上没有达到证明的目的，这是法庭的责任。因为专家证人的身份只是一种证人，而不能取代法官的地位。除非是专家证人故意作伪证，妨碍法官判断，责任才会由其承担。因此，法庭对待专家证人的态度很重要。

3. 法官如何引导双方当事人对专家意见进行质询

双方当事人在聘请律师的状况下，可能会对专家证人的证词提出一些问题，但很少能够提出关键的问题。笔者每一次应邀以专家证人的身份出庭，总希望律师可以提一些关键的问题，好给笔者一个展示鉴定能力的机会，但每一次都是想说而没机会说。要想真正对专业的问题实施有效的质询，只能寻找这个方面的专家。笔者认为，基于这种要求，提醒双方当事人可以聘请专家证人提供质询帮助，是法院的义务。这就像在当事人起诉时提醒其诉讼有风险一样。也许笔者的这种想法是不正确的，因为在当事人主义的证据制度下，法官不能够提醒任何一方当事人该怎么做，否则对另一方当事人是不公正的。在这种意义上，使用和聘请司法鉴定辅助人员出庭的责任似乎应当由律师或当事人本人承担。事实上，知道可以使用辅助专家的律师极少；即便知道，也不知道该如何寻找和聘请辅助专家。因此，有司法鉴定朋友的律师也许是幸运的。司法鉴定辅助人员来源于司法鉴定行业，同行之间不可以拆台似乎是人情上的道理。所以，在一般情况下，司法鉴定人员是不愿意以司法鉴定辅助人的身份出现在法庭上，与同行质证的，更不要说在需要违心说谎的情况下接受委托。在司法鉴定行业，有一般操守的专家是不愿意落得说谎的名声的，这与他的职业信念相违背。只有在聘请者有足够的面子，可以让专家不能推托，或者鉴定专家的证词确实存在问题的情况下，才可能使专家以司法鉴定辅助人的身份出庭。不管怎么说，司法鉴定这个行业及其专家都是不为外人所了解的，有损职业道德的人是个别的。不需要过多地出庭，这也是造成少部分鉴定人没有动力提高业务水平，专业能力不强的原因。但是，这个行业中的专家并不是都可以抱着欢迎的态度对待专家辅助人的。这主要是因为我国没有英美法系法庭审判的传统：涉及专业的问题，双方当事人聘请专家证人出庭是正常的现象。另外，中国人的传统文化思想与西方人不同，情面在行为中

常常起决定性的作用。看到别的司法鉴定专家被邀站在法庭上，与自己同席而列，难免会有被驳面子的感觉，暗地里将司法鉴定辅助人员看作故意捣乱的害群之马。当然，如果司法鉴定辅助人员出庭成为一种普遍的现象，这种重情面的东西会越来越少。虽然不能保证每一个专家在作为辅助专家时，不会为了利益而有违心说辞，但笔者相信，诚信与能力是专家的生命，而且法律也不会对专家的伪证行为视而不见。

三、专家证人出庭的本质含义

如前所述，专家证人包括鉴定人和司法鉴定辅助人员，其存在的必要性取决于证据与鉴定的专业性。

1. 法庭上专家证人的身份

法庭上，具有证据意义的是专家证人的证词，而不是鉴定文书。鉴定文书是专家意见的递交方式，而不是证据。只有在双方当事人对鉴定文书都没有异议时，鉴定文书才可以被认为是证据。专家证人所说的话不是金口玉言，需要在法庭上当庭验证。鉴定文书也不是圣旨，它只是提交专家意见到法庭上去的一种形式。鉴定文书本身不必然是证据，存在于专家大脑里的意见表达才是待检验的言辞证据。

2. 什么人可以成为专家证人

专家证人的构成要件有哪些？究竟什么人可以成为法庭上的专家证人？有人认为，必须具备权威机构的资格认证并获颁执业证才能够具备成为专家证人的前提条件。笔者认为，这种要求过于苛刻，事实上现在有很多专业没有被列入授予司法鉴定人资格的范围，如某药品是否对人的健康有损害作用或者没有疗效，某公共安全事件（诸如水体污染）与对个人的危害后果之间的因果关系鉴定等。在法庭审判中，不知通过何种途径进行鉴定的专业问题非常多，也非常复杂。法官对这种看来无法厘清真相的专业问题非常头疼，最终要么舍去证据，从事件的事实、情节甚至当事人的人品等诸多方面对事件进行认定，要么对提出专业问题证据的当事人适用证据举证不能，让其承担不利的后果。在英美法系国家，专家都可以成为专家证人，只需要拥有本专业的资格，并不要求必须具备鉴定人的资格。这种规定在西方国家是合理的，因为双方当事人都可以提供专家证人对专业问题出具意见，最终的情况是根据双方的质证结果进行认定。在我国，是否接受没有司法鉴定人资格的人作为专家证人出庭的情况？从笔者的从

业实践看,法官的委托书中通常出现的对鉴定人的要求是:务必安排有资质的鉴定人进行鉴定并出具明确结论。这里的“有资质”,一般人均可以理解为取得司法鉴定人资格。法院有时候也会聘请某种产品质量检验机构有资质的人员从事争议产品的质量检验。这些专业人士有时并未获得司法管理部门的司法鉴定资格认证。但是,在我国,类似于这种无司法鉴定资格的鉴定人出现的案件的应用范围是属于极少数的。

3. 刑事案件专家证言的公开化方式

刑事案件的鉴定人主要指案件调查中的技术人员,包括现场勘查的技术人员、案件调查访问或者其他方面的技术人员,如心理学家、消防专家等。凡参与了刑事案件中鉴定工作的技术人员,都是刑事案件的鉴定人。刑事案件的鉴定人不但要参与案件证据的发现、提取、运送、保存和检验等工作,而且在被要求时,应当出庭将自己的物证鉴定工作于法庭之上公开,接受控辩双方的质询。在刑事案件初始调查阶段,一旦工作内容和工作方向暴露给公众,势必被犯罪人知道,从而销毁物证,逃避拘捕,不利于案件调查工作的进一步展开。所以,在该阶段,专家证人的工作处于保密状态,以防止被犯罪人利用,给破案工作造成影响。在审判阶段,专家证人的地位与证人的地位是平等的,专家证人的专家意见应当得到充分的质询,以判明控方是否有充分的证据控告犯罪。

刑事案件的鉴定人在完成现场物证的发现、提取、运送、保存和检验等工作后,最终形成关于证据检验结果的专家意见。

两个证据规则规定了刑事案件的鉴定人员必须出庭。当前我国的刑事案件审判现状是,在法院审判阶段,只能见到检察官,而见不到警察的身影。在我国的审判制度中,长久以来实行的是纠问式的审判模式,法官与案件调查人员采取的是一体式的案件处理模式。后来虽然设立了检察制度,但仍然不是双方当事人平等的当事人主义的审判制度。虽然国家法律将当前的审判制度限定为当事人主义的审判证据制度,但实际上并不是真正意义上的当事人主义的证据审判制度。检察官代表警察,并履行国家的权力,公权力的色彩极为浓厚。法官、警官和检察官也自认为是国家权力的化身,其身份不容任何非议。如果有当事人对指控的事实或者证据提出疑问,比如:现场某物证的发现人是谁?对该物证做了哪些处理和检验?检验的过程是怎样的?这些问题只有当事警官才能回答,代表警官的检察官不可能客观地代为回答。法官也不会针对这些问题传唤警官出庭,

一是因为没有法律明文规定;二是因为在法官看来,警察机关的工作不会故意伤害被指控人。多数情况下,当事人提出这样的问题是没有任何意义的。

我国普遍面临警力不足的问题,如果将警察出庭作为一项工作,必然使得已经非常疲惫的警察超负荷工作。从审判的公正性来讲,在刑事案件中,鉴定人也必须有出庭的义务。人们理所当然地认为警察不会故意伤害嫌疑人,即使在有些情况下是对的,也不代表警察的工作都是毫无问题的。警察没有刑讯逼供并不意味着其工作就是毫无问题的。通常,以下情况可能导致警察的工作有失误:案情复杂,工作中遗漏了重要细节;由于经验不足,认识上的错误导致某些问题发生;由于破案的压力,急于求成,导致工作方向出现偏差等。警察出庭作证也是纠正错误,使模糊的案情清晰化,同时促使案件调查的工作效果得以反馈,以获得改进工作效果的机会。从长远来说,这对于刑事案件的调查和审判制度朝着正确的方向发展都是重要的条件。

上述现象虽然不是造成大量冤案的直接原因,但是有可能是防止冤案发生的有效质询制度。同时,这种审判模式目前仍然是难以保证案件审理公平的审判模式,更谈不上是标准化的证据质询制度。因此,参与案件调查的技术人员必须应要求出庭接受质询,这是司法鉴定制度标准化的重要方面。这样可以促使鉴定人认真对待物证的发现、显现、处理、保存、检验等每一项工作,同时也更有效地处理各类刑事案件的技术工作。

4. 鉴定人出庭的工作定位

专家证人或者鉴定人是证人的一种,专家意见书是专家证人证词的提交方式,不能直接代表专家证人证词本身。即真正起到证据作用的不是专家意见书,而是专家证人在法庭上的证词。只有在双方当事人对专家意见书中所表达的内容没有异议的情况下,专家意见书才可以代替专家证人证词,拥有证据的证明作用。之所以应当这样定位,原因之一是防止专家意见脱离质询的审判现实。很多情况下,专家意见书上的内容并不能代表证据鉴定的全部过程及其可信性。鉴证人只有本人亲自出庭才能够准确地、没有遗漏地描述鉴证的全过程,包括鉴证所依据的科学原理、鉴证所使用的科学方法、鉴证的全部经过以及结果是否符合法律规范和技术规范的要求。原因之二是防止审判人员不适当地将专家意见书的作用夸大,直接将其作为审判的依据。原因之三是让双方当事人全面了解鉴定的真实情况,

对于确信的鉴定予以认可,对于不能信服的鉴定可以提出异议,这样有助于审判的科学化和公正性。

鉴定人应当对本职工作有明确的观念,诸如正确对待证据的客观事实。只有这样,才能够正确对待法庭审判的质询。每一个犯罪现场都不同,留下的物证也不同,该现场与彼现场所遗留的同类物证的表现不同。有的物证进行鉴定的条件好,有的则较差。鉴证人员在按照科学的原理和方法鉴定之后,如果形成的鉴定意见的证据作用较弱,也应当尊重客观事实,客观恰当地接受质询。鉴定意见是否被采信完全听从法官的裁判。鉴定人不能为表现自己的工作能力而夸大事实,竭力维护自己有问题的鉴定结论。

专家证人本质上只是一名证人,他与普通证人的相同之处在于:两者均是对与案件有关的问题,根据本人所感知到的情况向法庭作出陈述。两者的不同之处相当显著:首先,专家证人要解决的是专业的证据问题,围绕证据的真实性、合法性和关联性开展调查和检验,运用的是专业的知识和经验;而普通证人针对自己所感知到的与案件有关的内容,通过言辞表述的方法当庭作证。其次,专家证人是可以替代的,可以选择不同专家对同一个问题作证;而普通证人是不可以替代和更换的。

第三节　关于鉴定人鉴定方法的科学性论证

鉴定人的鉴定不应该是神秘的工作和过程,其鉴定方法的科学性直接决定了鉴定的规范性和可靠性。对鉴定人的鉴定方法进行科学性的论证,是对鉴定所依据的逻辑的检验,更是对证据鉴定的司法适用性的考证。因此,在法庭上遇到鉴定的事项时,通常有必要对该项检验的科学性进行论证。

一、鉴定标准不统一

在我国的司法鉴定实践中,有很多的检验项目游离于规范之外。针对这些检验项目的科学性和稳定性,尚无一个科学论证的程序。如打架、交通事故以及意外的人身伤害事故的伤残等级鉴定,各地对待的方式不一样,有的参照《工伤保险条例》,有的参照道路交通事故的伤残等级标准。有些项目索性没有标准可参照,比如事故的因果关系鉴定、笔迹的书写时

间鉴定等。很多项目虽然有鉴定标准，但是由于鉴定标准的制作没有达到科学规范的要求，不能涵盖需要鉴定项目的表现多样性、科学方法的准确性和法律对各种情况的需要，鉴定标准在适用中往往产生诸多问题，导致鉴定人、法官和律师无所适从的情况时有发生。鉴定项目的表现多样性是由物证变化的多样性所决定的。物证超出一般的常规表现的情况总会发生。对于这种变化的物证形态，如何将其特有的检验方法转变为标准化的检验，是个复杂的问题。在实践中，对于这种情况，常常只能部分遵守鉴定规范。特殊情况下的检验所包含的科学方法的准确性如何更不用说了，没有哪个机构对一项鉴定方法的科学性进行过论证。正是因为如此，很多鉴定项目在法庭上质证，如果对鉴定方法的科学性进行论证，鉴定结论往往是很难被接受的。

由于司法鉴定的标准脱离司法实践，导致审判中的事实认定缺乏公平性和连续性。比如轻伤害，从其构成至跨越到重伤害之前，均属于轻伤害范围内的伤害，跨度非常大。恰好构成轻伤的情况和刚好不构成重伤的情况相比较，对于受害人来说，损失的程度相去甚远，法官对于具体的赔偿数额的准确确定往往无从下手。检验标准的制定是一件严肃的事情，需要鉴定人、相关学科的专家和法院机构的审判专家共同参与。

鉴定标准的确定情况在美国有一套完整的程序，多个机构共同参与完成科学方法和检验标准的认定。比如，关于指纹的计算机自动化比对系统的开发是在 1963 年，美国联邦调查局和美国国家标准局进行技术合作，从事指纹的全自动化的研究工作。其中，联邦调查局从事硬件的制造，国家标准局负责软件的设计。

二、涉及经验性的检验方法没有科学规范

对于某些证据，需要运用较多经验性判断的鉴定，有很多专家潜心研究过其鉴定方法的科学规范。也许对专家个人来说，经过反复的实验和理论论证，他所使用的方法从科学原理和具体运用效果上看，似乎都不存在问题。因此，基于研究成果，专家发出自己的声音，希望引起多方面的注意，将其检验方法予以推广。这种做法是正常的。没有这种研究热情，就没有鉴定科学的发展。但是，一个人的知识和经验毕竟是有限的。检验方法所依据的特征和运用效果通常需要依据大量的统计数据支持才能令人信服。所以，不是每一项研究结果都是可以经推广成为标准的检验方

法的。

某项鉴定科学的发展方向和检验方法需得到普遍认可,才能成为可接受的证据检验方法。在西方国家,得到认可通常需经过一个法定的程序。美国的做法是:当某项检验的研究经过了一定的时期,达到趋近成熟的状态时,联邦调查局向国家科学院提出申请,请求对某项鉴别的原理和方法进行评估。比如,针对语音的鉴定,美国的做法值得推荐。最早在实验室条件下研究语音鉴别的是科斯塔,他首先研究的是单元音的音节图谱,然后对照取之于连续发音中的单元音音节,发现最大误差为 1% 。因此,他将语音的图谱类比指纹称为"声纹"。他认为,语音图谱的稳定性和识别方法与指纹的稳定性和识别方法是一样的。后有密执安大学的托西对科斯塔的结论和实验数据的可信性进行检验,发现在实验室条件下是可行的。但是,如果音节取之于自然环境下的连续发音,识别方法的错误认定率是 6.4% ,而不是实验条件下的 1% 。60% 的错误鉴别属于语音的不确定性。最终的结论是:利用语音图谱所作的视觉鉴别具有合理的可靠性。1976 年,美国联邦调查局请国家科学院对语音的图谱鉴别方法进行评估。国家科学院聘请了语音学、声学、语言学、电子工程学等与语音鉴定有关的各方面的专家,对涉及该项检验方法的诸多方面进行评估,具体包括以下几个方面:个人言语特征、某种仪器表达语音图谱的方式以及在已有语音检验中的检测情况;该方法用于语音鉴别的误差率和影响因素;鉴定方法的改进或提出新方法;针对检验方法对鉴定人运用的训练方法,检验鉴定人运用鉴定方法的评价方法;考察有关的科学文献和法律文献。最终的评估结果如下:委员会认为,"声纹"的概念不可取,语音是复杂的言语活动的间接显示,与指纹的直接显示显然不同。另外,语音的状况受多种因素的影响,诸如人体组织的构造关系、生理和心理等诸多因素的影响,还有记录、播放和分析语音的物理系统的影响。另外,同一个人的同一音节的图谱不是稳定不变的。委员会建议以"嗓音"代替"声纹"的概念。委员会之所以对更名这么重视,是因为不想从鉴定项目的名称上误导非专业人士,同时也是对类似这样的证据检验的科学性保留余地,强调该证据的检验结果在个案上仍然可能是错误的。这种对待鉴定科学性的审慎做法值得我们学习。委员会经过评估发现:审听某人的嗓音,并观察其嗓音图谱,能够辨认他的一些信息。这种鉴别方法在实验室条件下,或者在可控制的非法庭条件下,可以有很高的精确度和较低的误差率。因此,声音鉴别能够在

实践中发展成为科学认识基础上的成熟工作。但是,委员会同时明确指出,同一个人的各次发音是不稳定的,每次都不同,这缘于说话者本身的差异。关于这个自身的差异与其和其他人之间的差异如何区分,没有统计学上的依据。另外,嗓音视听鉴别的精确度和误差率并没有得到解决,也没有发现可以适用嗓音分类的方法。

接着,委员会对评估得出了结论:在实践中,运用现有的知识和技术对嗓音的鉴别作出改进是可能的;在研究方面,嗓音鉴别的充分发展需要长期和广泛的研究才能实现,并且需要针对四个方面进行研究:一是嗓音的变异原因和特征,二是言语者自身的变化和与其他人的差异的鉴别,三是视觉检验和听觉检验之间的联系,四是嗓音自动化鉴别方法的可能性发展状况、人工操作的嗓音鉴别方法的改进和增进人们理解声音鉴别认识的努力。由此可见,委员会部分承认了声音鉴别的科学性,但对之仍持谨慎态度,并提出了有待进一步开展该项检验的研究任务和范围。

最后,委员会提出了如下建议:成立专门机构,指导、促进、协调全国范围内的研究计划。研究从两个方面进行:在可控制的实验室条件下的嗓音检验研究和对法庭中真实的案例中的嗓音检验研究。应成立一个专门的机构,制定声音鉴别的客观标准和方法,同时用于检测和证明嗓音鉴别人员的能力。这要求嗓音鉴别人员充分利用可以改进鉴别方法的知识和技术。如果法庭接受声音鉴别的检验结果作为证据,应当将方法的局限性和检验过程中所存在的诸多影响检验结果的不确定因素向审判人员作出解释,以防止对该证据的确定性估计过高。这种不确定的因素主要还是指语音的不稳定性,鉴别人可能无法根据负责的图谱正确区分个人之间的语音变化以及人与人之间的分别,导致将同一人的两个嗓音认定为不同人的嗓音,或者将两个人的嗓音认定为同一人的嗓音。委员会的建议支持嗓音鉴别的充分发展,同时对这项鉴别方法管理严格,尤其强调方法上的进步和可能存在的问题,最终指向法庭证据,既可以使法庭不要放弃可以利用的嗓音证据,同时也不要对这项证据的确定性过于乐观。一项具体的嗓音鉴别的结果要经过充分的质询,确保检验结果的依据表现为:个人之间的嗓音变化足够小,人与人之间的嗓音不同的程度足够大。笔者认为,工作的严谨性可以在这方面做得更好。在鉴别时,专家必须对嗓音有充分的了解,在制作样本时尽可能创造与待检验嗓音的录制条件一样的状况,包括:言语者距离麦克风的远近,语音和语调的状况相同,声音的强度相

同,背景的噪音情况相同。这些均是保证检验结果接近正确程度的条件。另外,还要看有没有其他的辅助项目的鉴别可以减少噪音鉴别的不确定性。

笔者认为,嗓音鉴定与笔迹鉴定是同一类别的鉴定,因为两者均属于生理活动的表现,不仅受到肢体或者声道的生理结构影响,更主要的是受到神经系统的支配,在书写和发声的能力上会表现不同,在模仿和伪造的能力上也会表现不同。笔者曾对大量的书写特征进行了分类和统计,理论上嗓音也是可以分类并统计的。但是,由于笔迹有直接的形态表现,而嗓音只有通过物理仪器间接表现的形态,物理仪器记载的主要是声波的形态。言语者的声波是个复杂的合成体系,在特征的分类和统计上难度更大。我国笔迹鉴定的案例数量远远超过英美法系国家,在法庭上的采信率高于英美法系笔迹鉴定专家意见的采信率,同时汉字的构造与拼音文字有很大区别。因此,在我国,有必要按照科学的原则对笔迹这项证据的科学标准加以论证,并制订具有普遍适用性的标准。

三、鉴定人鉴定方法科学性论证的最终目的是保证法庭证据没有被不适当采信

因为法官不可能了解所有的科学知识和技术方法,所以有官方的统一管理。官方对待某项证据检验的科学性有一个明确的态度,可以为法庭提供一个有用的信息,不至于对一项检验采取不适当的采信性的处置;同时,可以使法庭更加重视多个证据的联合作用,而不是单靠一项不确定的证据作为审判的依据。

耐人寻味的是,美国官方要求鉴定人对于存在不确定因素较多的检验项目在法庭上明确陈述其不确定性,具体的确信性结果交由法庭自由判断。这实际上说明了鉴定人的责任和义务,也说明了鉴定人在法庭中的中间立场,那就是鉴定人不是属于哪一方的证人,而是尊重科学知识和方法的、有良知的中间人。在我国,一些鉴定人并不具备这些素质,对于法庭上的正常质询尚不能接受,认为这是一种挑战其权威的行为,是对其知识和能力的怀疑和否定,认为自己的尊严和声誉受到了影响。这些都是不正常的心态。笔者在实践中一直希望有人聘请司法鉴定辅助人出庭,针对自己的鉴定过程和结果提出意见,想知道从另外的视角看,自己所采用的检验方法和过程还有哪些方面有待改进;同时,也可以有机会向法庭陈述鉴定

的依据和方法,使法官对自己的工作真相有个全面的认识。其实,一个鉴定人的素养不是建立在声誉上的,而是建立在科学的态度上的。鉴定行业不是神秘的、一统天下的,而是每个人都能够了解的一项工作。鉴定人对于法庭上关于检验方法、鉴定依据的质询不理不睬,不仅仅是对法庭和法官的藐视,更是对法律和道德的不尊重。

第九章　实务中指纹的检验规范研究

关于指纹的鉴定已经有三百多年的历史。在我国,指纹的运用也有上千年的历史,其鉴定历史有一百年左右。虽然指纹在案件中的作用不容置疑,但是在指印的鉴定实务中并非不存在问题。

第一节　案件中指纹的常见情况

指纹在我国有悠久的历史,刑事案件中的供述要画押,民事案件中的重要文书要捺指印。古人很早就认识到指纹的区别,人各不同,因此采用签字画押的方式表达个人意思。有了文书上的指印,通常表明文件得到了确认。然而,文件上的指印能否确认文件是否有效并不能如人所愿,所以出现了当前的指印检验的司法鉴定问题。关于指印的司法鉴定,理论上应当不是一个疑难的问题。提出对文件上的指印进行检验的申请通常是因为指印模糊不清或者残缺。

当前指纹在案件中的出现机会越来越少,取而代之的更多是签名及私人印章。但是,指纹仍然会在案件中出现。尤其在农村地区,这里的人们对指纹在文书中的作用深信不疑。尽管如此,很多人并不知道指纹为什么重要,所以捺印模糊、残缺的现象到处存在。造成这种情况的原因有以下几种:

一、过于重视指纹的作用导致适得其反

这种情况常见于老年人在遗嘱上的捺印。老年人捺印时,经常表现为非常郑重地在印台上重压一下,然后再在文书的落款处重压一下,印出的指纹颜色浓重,在放大镜下观看,指纹纹线和小犁沟全是同样的颜色,结果变成了疑难指纹(见图 9-1-1)。

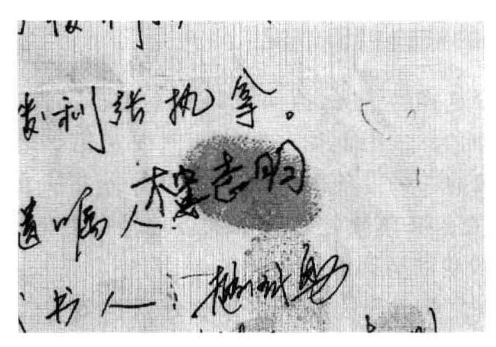


图　9-1-1

二、捺印条件局限导致指印不完整

捺印的时候，印台凸凹不平，手指压在上面时，并没有完全着色，结果在文书上的捺印有漏白现象，这就对指纹的检验造成了困难。图 9-1-2 中的指印就是中间部分纹线缺失的残缺指印。其形成的原因在于，手指在印台中粘取印泥时，印台的表面不平整，导致指腹中心部位没有粘上印泥，所以留下一个空白区。这份文件形成之后，在没有人触摸的情况下，尚可采取碘熏或者喷洒茚三酮的方法，将空白区的指印纹线显现出来。但是，如果文件上的指印已经被污染，则没有办法将指印补充完整。指印印在名字之上，且物证被法官粘贴在纸张上，形成皱缩，指印纹线比较清晰部分的特征数量已足够多，就具备了认定是否同一的条件。

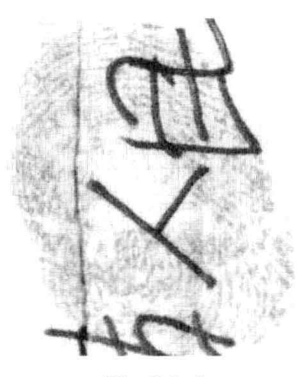


图　9-1-2

三、捺印人的被迫捺印情况

实践中有不少这样的情况,捺印人其实不想在文件上捺指印,迫于他人的压力,不得已而为之,因此往往在捺印时耍花招。笔者曾经鉴定过一份新疆某法院送来的一张借条,捺印人只是用中指指尖在印台上蜻蜓点水般地沾了一下,又在借条落款处蜻蜓点水般地轻压一下,结果形成6mm × 5mm 大小的一个淡淡的类圆形指尖部位捺印,中心花纹区域更是不存在。这个鉴定案例送来之前已经委托了多家鉴定机构鉴定,均被退回法院,原因是指印的区域太小,纹线色泽较淡。笔者用了一周时间观察,终于辨别出五处纹线细节特征,并与捺印人右手中指指印样本的指尖部位特征形态及组合状况相匹配。

第二节　指印鉴定的依据

指纹有三个纹线系统:外围线纹线系统、中心花纹纹线系统和根基线纹线系统。外围线纹线系统位于手指侧面和指尖部位,根基线纹线系统位于手指靠近第一指节线的部分。外围线纹线系统和根基线纹线系统包围了中间的中心花纹纹线系统。根据中心花纹纹线系统的图案类型,指纹可分为弓形纹、箕形纹和涡形纹。涡形纹又叫“斗形纹”,这是这延续我国古代的叫法。斗是一种称量粮食的器具,涡形纹类似于斗的形态。“涡形纹”是国外对斗形纹的统称。

一、案件情况影响指印的状况

犯罪现场的指纹与民事案件中的指纹有所不同。犯罪现场的指纹是在作案的过程中形成的,是手掌或者手指接触物体并施加压力所形成的。比如,拉开车门、推开房门、为翻越等行动方便而以手掌支撑身体等,均是由于手掌施加压力于物体或者平面的作用所形成的。所以,犯罪现场的指纹多数是手指平贴在承载物体上所形成的平面指纹,通常会带有指节纹甚至掌纹。民事案件中,文件上的指印通常是为捺印而捺印所形成的,只表现为指腹部分的纹线,通常没有指节纹线和掌纹。刑事案件中的指印通常不包括指尖部位的印痕,显现完整的中心花纹纹线系统。民事案件中的指印包括指尖部位,很多时候不包括中心花纹纹线系统,或者包括上部中心

花纹纹线系统,基底花纹纹线系统通常没有表现出来。

二、指纹的比对样本捺印注意事项

这针对的是民事案件和刑事案件审讯笔录中犯罪嫌疑人指纹的鉴定。这些时候指印的形成,往往表现为手指与文书表面呈30°左右的角度。因此,这种情况下的指纹通常是仅有指尖部位外围线纹线系统和部分中心花纹纹线系统,根基线纹线系统通常不会被留下,甚至有时候只有指尖部位外围线纹线系统的指纹。民事案件文件上的捺印还有一个不利于文件证据有效性的做法,那就是捺印人通常倾向于在签名之上按指印。捺印人完全不知道指印的意义在哪里,主观认为指印按在名字上比按在名字之外在意思表达上更好。这样做的结果是使得签名笔迹成了干扰指印纹线特征表现的障碍。

鉴于待鉴指印的多样性,根据不同的情况,对于指纹的比对样本有不同的要求。犯罪现场提取的指纹一般系平面印压所形成,因此获取犯罪嫌疑人的比对样本需要的是十指三面捺印的指纹样本。民事案件及其他案件中,法律文书上的指印往往需要的不是三面捺印的指纹样本,而是手指与纸张呈一定角度的捺印。究竟要呈现什么角度,要察看检材指纹的情况而定。原则上,样本指印的捺印角度要与检材指印的捺印角度一致,才有最佳的比对条件。切记:法律文书上的指纹鉴定在提取指纹样本时,绝对不是采取手指平压、三面滚动捺印的方法提取指纹的。在司法鉴定实践中,样本常常存在以下两种情况:(1) 指纹不清楚,油墨太浓或太淡,或者浓淡不均;(2) 需要检验的指纹部位在样本中不存在。有的法官认真,样本还是特意请公安做的三面滚动捺印样本,结果检材却是指尖捺印。这往往需要被鉴定人亲自跑来一趟。有时候,当事人不愿意配合,就找借口说司法工作不负责任,要求自己做多余的配合工作,声称“已经取过指纹了,不会再配合了”等。这种情况下,鉴定人不得不反复地做工作,征得其同意后才能提取指印样本。这就给鉴定工作带来了诸多麻烦。

熟知检材指印以及对样本的要求,对于一次性把工作做好非常重要。笔者认为,样本的取样工作非常重要,必须做到万无一失。即使是刑事案件,留下指纹的情况也是纷繁多样的,仅仅留下指尖部位的指纹还是有可能的。所以,刑事案件的样本留取最好也应该包括指尖部位。民事案件中的指纹取样一定要全,方法要多样,既要有三面捺印,又要有指尖部位的平

捺印,还要有手指侧面的平捺印。指尖和手指侧面的平捺印一定要变换不同手指和平面角度,留取所有部位的指印。如果鉴定中需要指纹样本,最好请鉴定人直接取样。

三、指纹样本的捺印方法

1. 三面平压滚动捺印的方法

检验所要使用的印台,看一下油墨是否充足。如果油墨充足,手指在此取油应当用力适中。如果太过用力,油墨会黏附过多,捺印会造成模糊指印。如果印台油墨偏少,手指取油应当稍加用力,甚至重复粘取几次。如果油墨过少,就需要添加油墨,调制成油墨量适中的状态。判断印台状况是否理想的方式是,手指稍加用力按压,黏附的油墨适中就是最好的状态。

把取印用的纸张准备好,放在桌子的边缘,并事先在取印纸上填写被取样人姓名、身份证号码等信息。将取样纸放在桌子的边缘,有利于被取样人的手指平贴在取样纸上。

让被取样人正对桌子坐好,手臂放松。鉴定人拿起被取样人的右手拇指,放在印台上,手指与印台平贴,稍用力从右往左转动取油。然后,察看手指上取到的油墨是否浓度适中,指腹所有的地方是否都取到油了。还有一个方法是,直接在手指上涂油,然后将拇指右侧面平压在标明右手拇指取印的框内,始终平压,向左转动。每个手指都这样操作,逐个完成双手的十指捺印。

三面捺印看似简单,但是方方面面都要注意到,提取的指印样本才符合要求。要多多练习,才能正确掌握操作方法。没有经验的人制作的三面捺印往往是残缺的。残缺的原因有三个:一是捺印时,涂油有遗漏,手指部位有的区域没有布满油,所以手指在取样纸上滚动,没有涂油的区域就不会留下指印。二是握持被取样人的手指时,被取样人自己没有放松,力图自行滚动手指。这时候应当立即制止,让其不要做任何动作,只是放松,听从取样人的行动和指令就可以了。三是取样人没有将被取样人的手指平贴在取样纸上,手指与纸张平面呈一个角度。在手指滚动的过程中,这个角度会不断变化,所以指纹的顶端会呈现山头样的形态,而指纹的根基线纹线系统却没有完全留在取样纸上。

2. 提取特殊条件的指纹样本

另外取一张捺印纸,根据检材上指印的状况,模拟其形成条件,再捺取对照样本。通常,取样人无法确定检材指印的形成条件。比如,指印形成时,与纸张形成的角度。如果是指尖部位形成的指印,还要确定是哪个手指的指尖部位等。每个人手指的形状也不一样,有的指尖前缘圆顿,有的指尖前缘尖长;有的指腹呈球状,有的指腹扁平。手指形态不同,以及捺印时按压的部位不同,均会留下不同的指印形态。取样人首先需要对检材指印的形成条件进行研究,反复试验,才能取到条件良好的对照样本。

样本的重要性不容小觑,因为检材指印的形成条件五花八门。刑事案件中,罪犯在作案中由于手掌用力的原因,留在现场的平捺印比较多。但是,如果有指尖部位的平捺印作为补充会更好。民事案件中的样本尤为重要,因为这类案件中的指纹鉴定只是在指纹模糊、残缺、纹线特征较难辨认的情况下才会提出鉴定申请。

检材指印的鉴定条件与样本的比对条件成反比关系,即检材条件越差,对比对样本的条件要求越高。所以,鉴定人应当认真对待样本的提取和选用,尤其是在检材指印条件不好的情况下,针对样本所做的工作要更加细致周到。只有这样,才能很好地完成鉴定任务。

第三节　指印的比对

指印的比对不是单纯的图像比对,更是比对其纹线特征。指印的比对如果要实现科学的法庭阐述,须依据指印同一的科学原理。专家需要在法庭上解释,他所依据的特征组合是否达到了在所有人群范围内独一无二的条件。

一、指印比对的同一认定原理

指印的比对有以下原理:(1) 同一认定原理;(2) 数学中的概率论。

同一认定原理如下:世界上每一个物体都是不同的,物体只能与自身相同。要确定物体的同一,依据的是物体所能遗留的痕迹物证。比如,现场发现疑为犯罪人的指印,案发后找到了一名嫌疑人,要确定嫌疑人的手指是否在现场留下了那枚指印,就需要捺取嫌疑人的指印,进行比对。如果现场的指印与嫌疑人某个手指的指印的特征表现相同,认定的就是这个

手指的同一,从而表明嫌疑人到过现场并留下指印。这个认定手指同一的依据就是现场的指印和寻找到嫌疑人之后的指印样本的特征表现。

二、指纹特征组合的同一性数学概率

在自然界和现实生活中,事物之间是相互联系的。在彼此间的联系中,根据是否存在必然的因果关系,可以将事物之间的联系分为两类:确定性的联系和不确定性的联系。认定同一的过程就是减少不确定性的联系,增加确定性的联系。根据现场的指印,检验指印中所能够辨认的特征及其相对位置关系,以此为参照。如果没有适当的嫌疑人,随便找到一个人,对比他的手指印痕。如果指纹的种类特征相同,并且有可能在他同一手指的某个特定部位有一个相同的特征,这只是巧合的情况。如果在这个相同特征附近的同一个部位又有另外一个相同的特征,那么确定性的联系因素增加了,不确定性的联系因素相对减少了。如果在这两个相同特征旁边的同一位置又有了第三个相同的特征,确定性的联系因素就大大增加了,而不确定性的联系因素则大大减少了。两个相同的特征类似于一条直线上的相同,加上第三个直线外的特征,等于是二维平面上的相同。第三个特征点的位置有无穷多个,如果在检材指印和样本指印的这个第三个特征的位置点相同,确定性的联系因素会极大地增加。这样相同的特征越多,确定性的联系因素增加越快,不确定性的联系因素减少越快,同一的几率就越大。

尤其是在二维平面上,比一条直线上的位置点的相对位置组合关系趋向同一的几率变化的幅度更大。因此,从严格的意义上讲,如果在两个指印的同一个区域内有三个相同特征点的相对位置关系相同,几乎就可以认定两者同一。

在这里,为什么说是“几乎”? 有两个原因:

一是因为这三个特征点及其相对位置相同,不能有其他的不同特征点存在,否则这个趋向同一的几率又会大大降低。

二是因为手指上的纹线留印的情况千差万别。变量之一:手指表面并不是一个平面,而是一个凸面,有一层柔软的肌肤覆盖其上。因此,手指留印时,纹线上的特征位置几乎都会发生或多或少的变化。这样的情况下,三个特征点之间的位置关系就不是完全固定的。但是,位置变异的程度,根据笔者的经验,一般不会超过 1 毫米。变量之二:指印承受体的表面情

况也是千差万别的,从手枪扳机的曲面到木棒的曲面,还有车门把手等众多不规则形状的承受面,都会或多或少影响特征之间的位置分布。变量之三:手指留取指印,与接触面的接触力量的方向也会改变特征点的形态或者位置,如分歧变成其中一根线的起点或者终点,小岛变成分叉等。变量之四:现场的汗液指印在提取的过程中也会产生变化,改变特征表现。如粉末黏性大或者量多,端点会变成交叉点。指印的造型物质太少,交叉特征可能变成端点特征。具体如下图所示:

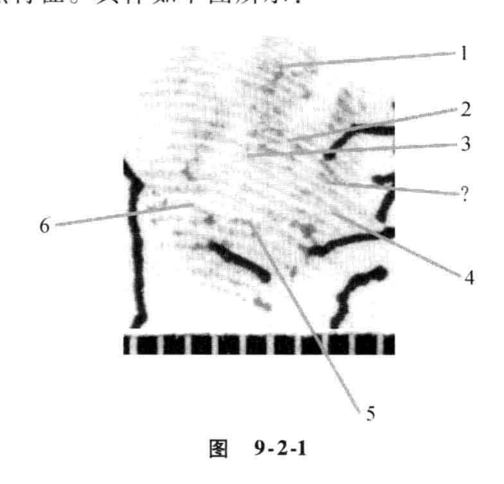


图 9-2-1

特征标记3、4、5、6处的特征既可能是交叉,也可能是端点。印油较淡,可能是因为捺印时印泥少且不均匀,也可能是因为捺印时没有用力按压,还有可能是因为纸张下面的衬垫物硬且不平整,从而导致这种特征的不确定性。

因此,仅仅靠三个特征的相对位置关系就认定同一是危险的,这毕竟是一个精确意义上的计算。根据案例(模糊指印)可以看出,每个特征点的确定常常是人工操作的。但是,特征点的确定毕竟是一个模糊的概念,不可能做到精确定位。外加检材有很多不确定因素的存在,为避免不必要的错误,在检材条件允许的情况下,增加特征点的数量作为认定同一的标准是安全的。通常,五个以上的特征点的相对位置关系相同,且不存在确定的、不同的特征点。笔者认为,认定同一从科学理论上是能够得到论证的。

第四节　指纹特征

一、手指形态特征

手指末节指腹的形状可以分为类球形、类长方形和尖圆形。一般来讲,手指末节类球形指腹的人,其手指较为短粗;手指末节类长方形指腹的人,其手指较长;手指末节尖圆形指腹的人,其手指指尖较尖。还有人的手指指尖上翘等。

二、指印的中心花纹类型

中心花纹纹线系统可以分为:涡形纹、箕形纹和弓形纹。弓形纹可以分为平行弓和帐形弓。箕形纹可以分为尺骨箕和桡骨箕、开口箕和闭口箕。涡形纹可以分为纯形涡、双箕涡、中囊环形涡、杂形涡。[①]

三、指印纹线的细节特征

根据细节特征,指印纹线分为纹线起点、终点、分歧、结合、小眼、小点、小钩、小桥、独立纹线、短线、三角、折回纹线。另外,在指印纹线特征清晰的情况下,还可以观察到汗孔特征、乳突线边缘特征。

四、皱褶纹特征、伤疤特征

案件中的皱褶纹特征容易发生变化,通常因为捺印的力量不同,导致褶皱的宽度和长度发生变化。伤疤特征是极其稳定的,有条形和块状两种情况。条形的伤疤根据受伤时切割的深浅,会导致不同的形态。切割较浅时,仅仅在一条线的范围上形成纹线的断裂状。切割较深时,受疤痕组织的影响,在受伤带上会形成纹线的挛缩现象。

之所以为特征分类命名,目的只有一个,就是确定被认定人手指的个性化,即将需要认定同一的人与其他的人区分开来。用于个性化认定的依据是特征。根据识别的难易,特征可以分为种类特征和个性化特征。种类特征包括手指的形态特征和指纹的中心花纹纹线系统特征,检验人可以据

① 参见〔美〕W. R. 斯科特:《斯科特指纹技术》,高午等译,辽宁省科学技术研究所 1984 年版,第 17 页。

此确定被认定人或者被认定物的种属类别,缩小检验的范围。指纹的纹线细节特征其实也是种类特征,因为每个人都可以有纹线起点、终点、分歧、结合、小眼、小点、小钩、小桥、独立纹线、短线、三角、折回纹线等特征。因此,不能说指纹的种类特征与纹线细节特征在个性化认定上的意义有什么优劣的区别。两者的区别在于检验的阶段不同:种类特征用于筛查被认定的目标,属于检验中第一阶段的工作;而纹线细节特征的检验是在种类特征相同的情况下进行的第二阶段的检验工作。纹线细节特征虽然在单一概念上属于种类特征,但多个纹线细节特征的相对位置关系在认定同一上具有决定性的意义。另外,由于伤疤的形成条件及其位置更具有偶然性,因此伤疤特征在认定个性化即同一方面更具有意义。

第五节　检材指印和样本指印的比对方法

许多鉴定人对指印的比对无从下手,尤其是对残缺或者模糊的指印。虽然说指印的比对是图像类的特征点比对,但仍有规律可循。掌握鉴定的规律,对于顺利比对指印的特征具有非常重要的意义。

一、确定比对的特征参照点

第一步,要确定一个参照特征点的位置。这个特征参照点在检材和样本中都存在,且形态相似或者相同。它可以是一个指印中心花纹最中间的地方,也可以是一个指纹三角(指纹的三个纹线系统交汇处)。在没有中心花纹纹线系统的情况下,还可以把形态相同的特征作为参照点。这个参照点是比对其他特征、确定特征间相对位置关系的参照点或者起始点。没有这个参照点,比对检验就无从下手。

二、以参照特征点为中心扩大比对范围

特征点参照确定之后,要寻找第二个距离参照点最近的特征点,并测量该特征点与参照点之间的距离。接着,再确认第三个特征点,并测量该特征点与参照点和第二特征点之间的距离,以及它们之间连线所构成的角度。这样一直向外围的方向寻找特征点,并确认特征点之间的距离及相对位置关系。最后,观看特征点之间的位置关系所呈现的几何图像在检材和样本上的形态是否相同,并得出肯定同一或否定同一的结论。

三、将相对应的特征点用直线标示出来并加上特征序号

下图是一个残缺指印的鉴定比对图,左边为检材指印,右边为样本指印,两者的鉴定条件一般。检材上的指印纹线断裂情况严重,且靠近指尖部位。样本上的指印纹线色泽较淡,有的地方颜色淡到无法确认特征。

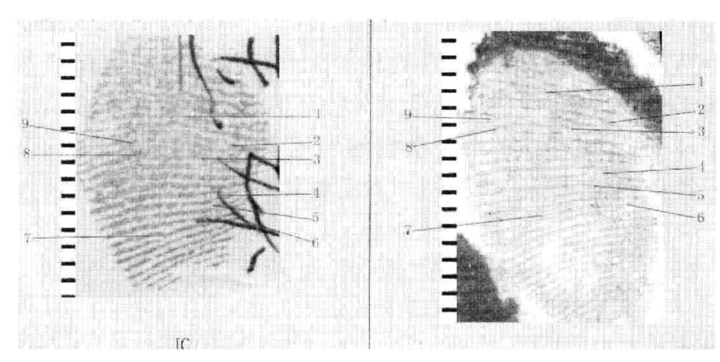


图 9-4-3

四、指纹特征的比对方法(包括模糊指纹)

笔者还是倾向于在寻找定位点的基础上确定特征,可以尝试检材指印和样本指印重叠透光反照的方法。即将检材指印和样本指印重叠放置在玻璃板上,在光线的反照下,观察两个图案是否可以重合。这种方法只能作为一种辅助的手段,用于观察特征间的相对位置和选取对应的特征。这种方法在确定特征的方位上非常有效,但是不能用作确定同一的依据。手指表面不是一个平面,在平面上留下印迹,每一次都会产生差异。所以,特征之间的位置和距离随着指印的形成条件会有些许差异,指纹的纹线位置和走向才是确定特征的依据。

五、实验报告的书写规范

必须进行特征差异的分析,这涉及法庭的质证问题。常见的差异分为根本区别和临时变化。特征的差异经过质证如果属于根本区别,那么认定同一的结论就不可靠;如果属于临时变化,那么认定同一的结论就可以成立。当然,如何让法庭相信检验人的分析和论证是合理的,要看检验人对特征的常见形态和变化规律是否有足够的了解。在法庭上正确表述特征的变化及其规律是检验人的基本技能,有时候其作用不亚于鉴定的技能。

第十章　实务中足迹检验的研究

在实务中，足迹在案件中起到的作用仅限于有明确的嫌疑人或者嫌疑鞋子的状况。在很多的刑事案件中，倘若没有明确的嫌疑人，即使提取到足迹，也往往缺少比对的对象。理论上，每个现场都有嫌疑人遗留的足迹，如果现场的地面不是很光滑平整，或者软质地面塑性不良，均有可能无法提取完整的鞋印。如果犯罪嫌疑人作案之后打扫现场，同样无法获取有价值的足迹。

第一节　足迹的特征表现

造型体不同，如嫌疑人在现场赤足行走、穿着袜子行走或者穿着鞋子行走，会留下不同种类的足迹。根据承受体的不同，足迹表现也不同。行走时的足部用力情况不同，足迹形态也不同。

一、赤足迹的特征表现

相比指纹，足迹的长短、宽窄、形态等种类特征更加明显，而个性化的特征则较少。

赤足的乳突花纹与掌纹比较，更多的是种类特征。脚趾上最多见的是弓形纹和箕形纹，与手指相比，远不及指纹的图案构造复杂。更重要的是，赤足印相比手印，更少留在犯罪现场。虽然性侵犯案件中，现场可以留下赤足印，但是案件承办人通常没有提取该物证的证据意识。民事案件中，几乎不出现赤足印的鉴定情况。刑事案件中，留在现场的多数是鞋印。

二、鞋印的特征表现

同一品牌的鞋子很多，鞋码分出很多不同的大小。因此，检验足迹首先要确定种类特征，确定足迹的长度、宽度、外形以及鞋底花纹等生产特

征。具备了这些种类特征上的相同,才具备了确认嫌疑鞋子的范围。认定鞋子的同一必须找到个性化的特征,如由于体态和运动系统的差异所导致的步态特征,鞋底花纹在使用中所形成的损坏、断裂、缺损等个性化的特征等。

第二节 足迹样本的提取

足迹样本的提取不是随意而为的。人在行走的过程中,由于足部对地面有一个施加作用力的过程,不同的人的行走习惯和方式不一样,遗留的足迹情况也不一样。如果不考虑这种情况对足迹的影响,提取的足迹样本往往带有局限性,给鉴定带来额外的负担。

一、根据检材足迹的状况提取足迹样本

足迹样本的提取也是应当根据检材的状况进行的。通常,犯罪现场留下的鞋印是在动态的行走中形成的,足迹形成时的鞋印承载体不一样,导致足迹的形态会有不同的改变。人在动态的行走中,脚跟部位的跟缘可以留下来,因为人在落脚时,跟缘和地面相接触而留下印痕。另外,鞋掌的前缘也会留下印痕。因为脚在动态的行走中,离开地面时,脚尖会向后推动地面,足掌的前缘会印在承受体的平面上。在平坦、坚硬的平面上形成的鞋印,脚弓处的鞋印通常不会完整印下来,同时脚跟后缘和脚掌前缘会因为挤压地面而破坏印痕。这些都是需要考虑的细节。

二、观察检材足印的形成状况提取样本

在提取鞋印样本时,要观察检材鞋印的状况。如果鞋印属于硬质平面上的印痕,且是在行走的过程中形成的,提取鞋子的油墨印痕时,应将白纸铺在硬质平面上,模拟行走状态和承受体的平面状态提取鞋印。这样就可以避免鞋子的跟缘和前缘上翘而留不下印痕。如果鞋印是在沙地上留下的,由于沙质承受体的可塑性比较好,脚弓的部位也会留下来。如果要提取比对样本,就要看检材鞋印的提取是什么样的情况。如果检材鞋印是照片,那么可以对鞋子进行同比例大小拍照;如果检材鞋印是提取的石膏模,那么可以直接与鞋子进行比较检验。

第三节　足印的比较检验

足印的比较检验方法有多种，使用哪种方法进行比对没有固定的模式，需要根据检材足印的状况不同选取检材和样本的比较检验方法。

一、重合比对法

比较检验的方法之一是重合比对法，看大小和花纹是否很好地重合。通常，鞋子是种类产品，花纹和大小只是种类特征。但是，种类特征可以缩小检验范围。重合比对法对于比对特征的位置和形态还是有重要意义的。

重合比对的具体方法为：将检材鞋印和样本鞋印的照片重叠放置，将光源放在重合照片的后面透光反照，观察鞋底花纹能否重合。尤其要观察鞋底上的个性化特征，如花纹损坏导致的缺损、开裂等的位置和形态是否重合。运用这种方法比对时，一定要注意：只要位置相同、形态大致相似就行了，并不要求形态的大小一定相同。现场提取的鞋印如果是粉尘鞋印，由于粉尘的分布不均，犯罪人动态行走时脚底的着力在不同的部位表现不同，留下的鞋印也会发生变化。例如，一个开裂的形态在检材和样本上可能相同，但在图案的大小方面，检材上的小于样本上的。另外，如果现场有血迹，那么血量的分布多少存在不均，会导致图案发生改变。

二、特征比对法

特征比对法通常是在足迹发生变异的情况下使用，也用于正常情况下的特征比较。特征比对法是比较个性化特征的形状和大小，是认定鞋子的同一时唯一的方法。在比对中，对待特征的差异一定要有合理的解释。在提取现场的鞋印之后，嫌疑鞋子可能还被嫌疑人穿着走动，所以会附加新的特征。鞋子也可能经过清洗，减少了一些附加特征。如果鞋底上有若干个空洞，那么有的空洞可能在作案留印之后被泥土填上，样本上在该处就会显示与检材不同的特征。这些特征的差异如果在法庭上被提及，鉴定人必须作出解释。

三、足印检验应当注意的问题

在鞋印比对中，通常会遇到以下问题：检材足迹的足跟后缘和脚掌前

缘比较完整,而样本足迹的前缘和后缘常常由于翘起来的关系而缺失;同时,足跟后缘和脚掌前缘由于磕痕和踏痕会表现出特有的形态,由于行走习惯和接触的地面不同而有差异。前掌部位和后跟部位会因为蹬和踏的作用力因素,导致鞋底的花纹产生变化。例如,突起的花纹印痕变宽,而在样本中没有这种现象。因为样本大多是静态取样,而现场的足迹是在动态状况下形成的。另外,由于鞋底的厚度不一样,在动态状况下留下的鞋印与样本鞋印也会出现鞋印边缘是否会留下来的情况。如果鞋底较厚,检材鞋印会由于穿鞋人在行走过程中的侧压作用,在相应的部位留下鞋底的边缘印痕,样本则可能在此部位没有边缘印痕。相反,如果鞋底较薄,则可能由于嫌疑人在现场行走的重压作用,鞋底的外围边缘不会留下印痕;而样本是在鞋子的静态状况下取样,会留下鞋子的边缘印痕。

模糊赤脚印的检验可以依据的特征有:脚长、前脚掌宽、脚弓宽、脚趾的排列分布特征、大脚趾的特征、个性化的疤痕特征以及完好乳突纹线的面积形态特征等。

第十一章　实务中人像识别技术的研究

人相识别在鉴定实务中表现为两种形式的鉴定:照片识别和根据证人对嫌疑人的描述为犯罪嫌疑人画像。前者包括单纯的照片比对,或者将录像中影像的截图和嫌疑人照片相比较,以确定是否属于同一人。根据证人对嫌疑人的记忆和言语描述,为嫌疑人画像,这是比较难以掌握的一项技术,在世界范围内属于难题。

第一节　实践中的人像识别案件现状

实践中遇到的人像识别,有时在案件中表现得极为复杂,根据案件的性质和鉴定的需要而有不同的表现。

一、刑事案件中的人像识别

人像识别比较常见。比如,拍到的嫌疑录像,系嫌疑人在提款机前的取款录像。如果在案发之后找到了嫌疑人,需要鉴定该嫌疑人是否与录像中的嫌疑人为同一人。由于录像的像素不是很高,通常拍下来的只是犯罪嫌疑人的模糊影像。模糊影像的清晰化处理是科学难题,照片的状况需具备一定的条件才能利用计算机进行清晰化处理。如果影像不能显示轮廓,就无法进行人像识别。录像中的影像有时候会发生球形变化或者因为拍摄的角度而严重变形。比如,取款机的摄像头超近距离拍摄,面部会严重变形。图 11-1-1 中,左边是取款机前的录像截图,右边系照相机的比对照片。①

① 图片由华东政法大学司法鉴定中心提供。



图 11-1-1

二、民事案件中的人像识别

民事委托人像鉴定的案件中,有时候要求鉴定照片中的人与其他照片中的人是否为同一个人,或者要求鉴定死亡照片与生前照片是否属于同一个人。民事案件中的人像识别的目的在于,确定某些民事权利义务,或者基于亲情的情感需要,确认死者的身份。笔者在鉴定实务中曾受委托鉴定一张照片,照片中有委托人的丈夫和另外一个女人,坐在公园的长椅上。委托人要求鉴定照片中的女人是不是其丈夫公司的某位员工,并提供了该女员工求职表上的证件照做比对样本。但是,需要鉴定的照片系远距离拍摄,且影像模糊。在这样比对条件相差太大的情况下,进行特征的比对比较麻烦。另有一个案件,亲属提供了一张尸体的前侧面面部照片,面部有污物,分不清是痣还是污迹。这张照片是另一个省的交警提供给家属的,说是照片中的人已经出车祸死亡了,尸体也火化了。家属很疑惑,分不清照片中的究竟是不是自己的亲人,于是要求就此鉴定。家属提供的对比照片都是其他拍摄角度的生前生活照。虽然可以有鉴定结果,但是需要鉴定人给出很多特征的测量数据。民事案件中的人像照片鉴定一般都来源于疑难案件,简单的鉴定人自己就可以辨认,不需要鉴定。

三、刑事案件和民事案件中的人像识别的区别

两类案件的鉴定条件是不一样的。民事案件中的照片往往是委托人自己拍摄的。比如,丈夫或者妻子有外遇,委托人在发现机会偷拍时,往往是准备不足的状态,采用远距离拉近镜头的拍摄方法;偷拍时往往因为要隐藏自身不被发现,只能选择侧面的角度进行拍摄;如果相机没有三脚架

固定，只是拿在手上，拍摄的照片不仅仅是侧面照，且有可能模糊不清。鉴定时的对照照片往往是正面照片或者与被检照片不同角度的侧面照片。对于同样一个人，将正面照片和侧面照片相比较，表现得就像是两个人。这类案件鉴定时，被鉴定人是不知情的。被鉴定人一旦知道，无论如何也不会配合拍摄符合条件的对照样本照片，这对比对造成了困难。在刑事案件中，一旦找到嫌疑人，还是很容易取得合适的对照样本的。但是，实践中拍摄的录像样本通常是在看守所或者审讯时取得的，与被鉴定的录像来自不同的地方，所以往往拍摄的角度是不一样的。现场拍摄的录像来自嫌疑人前上方的近距离摄像头，人脸是变形的；而对照样本一般不是来自这样一个角度和距离。录像设备的镜头和照相机的镜头有较大的区别。照相机的镜头有消除镜头球形变化的功能，而公共场所的摄像设备的镜头通常较为简陋。所以，笔者认为，应当向委托人提出要求，要求带嫌疑人去现场拍摄比对样本，取得合适的样本后，只需分别对检材录像和样本录像截图就可以比对了。

第二节　人像的特征

人像的特征包括体态特征、面部特征。如果身体的某个部位留下了痕迹，这个部位如果足够清晰，特征反映良好，也可以单独进行同一认定。例如，嫌疑人将耳朵贴在窗户上偷听时在现场留下清晰的人耳印痕，足迹留下足够的清晰印痕，或者是清晰的手掌印或人面部印痕。又如，在一个用塑料袋蒙面使人窒息的案件中，塑料袋上留下了清晰的被害人人面印痕，通过比对死者的照片，最终认定了犯罪工具。

一、体态特征

人的体态特征包括：身高、体重、体形。人的体态特征不是孤立的，与面部特征是相关联的关系，并可以影响到面部特征。比如，拥有修长的身材的人与拥有魁梧的身材的人，其面部外形是不相同的。因此，根据体态特征的种类可以确定面部特征的种类。人像面部特征与体态特征的对应变化关系的规律有待于通过统计学上的研究进行认定。

二、人种特征

人在生物学上称为“智人种”，根据基因的区别分为四种：欧罗巴人种

（白色人种或高加索人种），约占人口总数54%；蒙古人种（黄色人种或亚美人种），约占人口总数37%；尼格罗人种（黑色人种或赤道人种）；澳大利亚人种（棕色人种）。

人种的形成主要是在自然环境作用下形成的。科学上，根据人皮肤的颜色、头发的颜色和形状以及眼睛的颜色等，将全世界的人分为黑种人、黄种人、白种人等。人类学家一般推断认为，这些不同肤色的人种可能是在近几万年内形成的，开始分布范围较小，后来逐渐扩大。

同时，人类学家认为，在人类不同肤色的形成过程中，气候起了主导作用。白种人形成于高纬度的寒带地区。如北欧寒冷地区，光照少，云气多，没有强烈的太阳辐射，人体内无法产生保护身体的色素。一般认为，在白种人形成过程中，首先是受到自然环境的影响。由于气候较寒冷，阳光稀弱，紫外线弱，因此人的皮肤一般颜色浅淡。这种较浅的肤色却易于吸收微弱的紫外线，有利于身体发育。白种人鼻梁较高，鼻子孔道长，可以使吸入的冷空气在进入肺部之前预先加温。

1. 白色人种的特征

白色人种肤色较白或是呈浅褐色；直发或波发，呈金黄色或黑褐色；颧骨较高，鼻梁高而窄；瞳孔呈碧蓝色；唇薄；体毛和胡须发达。眼睛和头发颜色不属于白色人种的特征。事实上，除了雅利安人拥有浅色的眼睛和头发外，其他闪含语系民族及高加索人皆是黑色头发和深褐色的眼睛，而浅色的眼睛和头发属于隐性基因。南欧及伊朗人多与闪含族人混血，所以今天这两地的白人多是黑色头发和深褐色的眼睛。

白色人种又称为“欧罗巴人种”“欧亚人种”或“高加索人种”，是世界上人口最多的人种，主要分布于欧洲、西亚、北亚、北非等地，祖籍大多在欧洲及亚洲交界——乌拉尔山至高加索山一带。在中世纪时期，白种人主要分布在欧洲、西亚、北印度、北非。16世纪以后，随欧洲殖民扩张，白种人扩散到美洲、大洋洲和其他地区。在近几十年里，白种人是流动力最强的种族。

白种人亚分支：

（1）金发碧眼的白种人。德国纳粹党认为这是最优秀的人种，称其为“雅利安人种”，近代称为“北欧人种”（nordic）。金发碧眼的白种人不是在德国分布最广，而是主要集中在北欧国家。北欧是现代欧洲最富裕的地区之一，德国也是欧洲强国。金发碧眼的白种人的面部常见有雀斑，由于肤

色较浅,毛细血管的红色可以呈现出来,肤色都显得白里透红。但是,这一人种的皮肤较其他人种薄,容易出现皱纹,而且容易松弛,比起黑发棕眼的白种人及其他人种更经不起岁月的洗礼,容易显得苍老。

(2) 黑发棕眼的白种人。这一人种又称"地中海人种",主要分布在西班牙、葡萄牙、意大利、希腊等国。这些黑发棕眼的白种人创造出灿烂的古罗马文明、古希腊文明。公元 392 年,狄奥多西一世以罗马帝国的名义正式宣布基督教为国教,为今后基督教得以流行到世界各地奠定了基础。文艺复兴运动也是从意大利这个黑发棕眼的白种人较集中的国家首先开始的。

(3) 皮肤黝黑的白种人。从外表看,印度人的肤色普遍较黝黑,但大多数却并非黑色人种。此外,作为我国的近邻,印度人又并非黄种人。据考古发现,古印度在旧石器时代就曾经有人类寓居,新石器时代的文明遗址简直遍及整个南亚次大陆。印度的北部、西北部和西南部都是崇山峻岭,其他区域则被陆地盘绕,使印度与外界隔离。但是,由于现代印度分裂多、一致少,北部连绵不绝的群山之间仅有的几处山口就成了外部人骚扰印度的通道。在漫长的历史岁月里,印度曾屡遭异族的入侵和占领,不同人种先后进入印度,并不时彼此融合,构成了许多混合人种。所以,在印度居民中,可以看到多个人种的特征。

雅利安人降服了印度的土著之后,白色人种成为印度的主宰人种。但是,由于印度半岛大部分处在 10°N—30°N,太阳辐射剧烈,使今天的印度人(包括印度的白种人)的皮肤普遍较黝黑。如今,印度人血缘混杂,看上去既有点像白种人,又有点像黑色的土著,如仅凭外貌和体形,很难分清其属于什么人种。①

2. 黄色人种的特征

黄色人种的皮肤呈淡黄色,头发呈黑色且多为直发,眼珠呈黑色或深褐色,内眼角有内眦褶,外眼角向上斜,胡须和体毛稀少,颧骨高,面部扁平,鼻子宽度较窄,鼻梁较低,口唇厚度适中。

根据德国古人类学家对亚洲人种面部特征的分类,原始汉族大部分应该属于汉族—中原型脸型,汉藏民族也以这类脸型为主,汉族—北方、汉族—南方型脸型也很多见。

① See http://baike.baidu.com/view/62084.htm.

父系纯种汉族是独龙族。汉族人大部分相貌还是很一致的,基本就是以汉族—中原型为主,以南北方形脸为辅。汉族的差异主要表现在母系上,有些地区混有其他民族血统,造成外观差异。蒙古—通古斯系统的民族的典型特征是:肤色白皙,发色和眼色较浅,鼻子狭长,嘴唇薄而红润,身材高大,体格健壮。老亚洲人有两类:一类是通古斯类,中等身材,黄皮肤;一类是日本土著阿努伊类,很矮小,肤色浅黄,多毛。

通古斯族的特点如下:宽脸,短头型,有比较厚的皮下脂肪,单眼皮,有很高的颧骨,中等身高。通古斯族主要在西伯利亚、蒙古等讲阿尔泰语的地区出现。通古斯族人身材矮小,高的基本都是与汉族和西部的高加索人种混血后出现的。[1]

汉族和高加索人种是在三万年前才分离的新亚洲人集团,这个集团的人身材普遍比较高大。我国真正的纯正血统汉族是周边个别汉藏系的少数民族,比如独龙族、西北羌族、云南白族。

老亚洲人里包括矮黑分支。阿努伊人其实是矮黑人的近亲,是东非黑人的远亲,与白人毫无关系。

广府人有明显的东南亚人种特征。

3. 黑色人种的特征

黑色人种又称"尼格罗人种""尼格罗—澳大利亚人种""赤道人种",是人类分类学说里的一种人种。由于科技和社会的发展,黑色人种一般以多地起源说为基础,人类学界也放弃了必须为人类分类的观念。

黑种人肤色黝黑,头发黑呈波浪或卷曲,黑眼睛,鼻子宽扁,鼻根低矮或中等,鼻突出度小,鼻孔横径较大,凸唇,口宽度大,唇厚,胡子和体毛较少。黑人的种族主要有苏丹尼格罗人、班图尼格罗人(两者占黑色非洲人口的绝大部分)、科伊桑尼格罗人、库希特尼格罗人(属于黑白混血种族)等。

4. 棕色人种的特征

棕色人种主要指的是澳大利亚原住民,其他分布在澳大利亚、新西兰以及南太平洋的岛屿上。分子人类学研究证实了棕色人种遗传基因的独特性,同时发现作为氐族后裔之一的白马藏族可能也属于棕色人种,藏族和日本民族中棕色人种遗传基因的比例很高。日本绳纹时代的文化被认

---

① See http://journal.shouxi.net/qikan/article.php? id =336438.

为属于棕色人种,虾夷人和阿伊努人是其后裔。有些学者认为,美洲印第安人也是棕色人种的后裔。[①]

棕色人种是亚洲大陆和部分太平洋、印度洋岛屿的早期居民。澳大利亚人种与其他三大人种相比,有着最粗壮的眉弓,通常为长颅型、黑色卷发、下颚粗大、突颌、巧克力色皮肤、深棕色或者黑色眼睛。

三、我国主要人种的相貌特征

在我国,华北人和华南人有不同的相貌特征,华南人又分为南方和西南方两种相貌特征。

我国汉族人的相貌特征如下:

头长和头宽:头颅长度均值为中等偏短,其中东北人和华北人较华南人和西南人短些,头宽则较长。

面长和面宽:眉毛以下的长度为面长,北方人面长均值大于南方人,面宽均值大于南方人,下颌角的宽度均值也大于南方人。

面型:按照几何图形描述,北方人多为方形、圆形、长方形、卵圆形,华南人多为五角形、倒梯形和菱形,西南人多为椭圆形和长方形。华南人的额部和颌部外突较均值大,而华北人、东北人和西南人外突得不明显。

眼睛特征:华北人眼睛开度小,眼裂长,上眼睑多不显横皱纹,蒙古褶出现比例高于85%;华南人眼睛开度大,眼外形大而圆,眼窝较深,上眼睑有一条或者两条横皱纹,蒙古褶较少见;西南人眼睛开度大,眼外形大而圆,眼窝不深,蒙古褶出现几率比华南人大。

鼻子特征:华北人鼻梁直,鼻子长而窄;华南人鼻头上翘,鼻子短而宽;西南人鼻梁直,鼻子短,鼻子宽度介于东北人和华南人之间。

嘴唇特征:华南人的上嘴唇厚度大于东北人和西南人。

头发特征:华北人头发黑、粗、硬,很少有波形;华南人头发黑、软,多见波形;西南人头发直、黑、软,少见波形。

面部比例特征:正常情况是三庭五眼等距离。三庭是指发迹线至眉心线、眉心线至鼻下线、鼻下线至面底线的距离相等,可以称为“上庭”“中庭”和“下庭”。古人称上庭为“天庭”,称下庭为“地阔”。五眼指两侧外耳孔至同侧眼角的距离、眼长和两眼间距为五等分。眼裂线位于鼻高1/3

---

① See http://baike.baidu.com/view/528936.htm.

处,口裂线位于鼻下线和面底线1/3处。符合这些比例关系的为标准值,偏离这些比例关系的构成了个性化的面部特征。这指的是成年人的状况,儿童的眉中线以下的长度与脸的长度比例小于成年人的比例。

上庭的特征随着年龄的增长变化较少。随着年龄增长,发际线后退,前额纹出现。

上庭额头的形态根据大小、宽窄、高低和侧面观形态又分为不同的类型,如高额、中等额、低额,宽额、中等额、窄额,前倾额、直额、后倾额、弧形额等。

发际线根据形态分为不同的种类:半圆形、梯形、几字形等。

中庭面部特征明显,分为眶区、鼻区和颧区。

眶区由眉毛和眼睛组成,该区的特征最引人注目。

眉毛的特征:眉毛根据形态分为直线型、弧形和波形;根据长度分为长眉、中等眉和短眉;根据眉间距分为远距、中矩和一字眉;根据眉毛的宽度分为宽眉和窄眉;根据眉毛和眼睛的位置关系分为近距、远距、平行、上倾、下倾等。眉嵴的高度与眼窝的深度成反比关系。

眼睛的特征:眼睛根据张开的程度分为大、中、小三种形态;根据眼裂的长短分为长、中、短三种;根据眼睛的形状分为圆形、三角形、菱形、方形、椭圆形等;根据眼睛的倾斜度分为上斜眼、平眼和下斜眼;根据眼球的突出程度分为外突、中等和内陷三种;根据眼睛虹膜肌和瞳孔的颜色分为黑色、棕色、黄色、灰色和蓝色。另外,还有眼睛疾病导致的单眼或双眼斜视的个人特征。

鼻子的特征:鼻子位于面部正中,矢状线将其分割为左右对称两部分。根据矢状线是否位于鼻子的中间位置,鼻子分为左偏、正中和右偏三种类型;根据鼻梁的高度分为高鼻梁、中等鼻梁和低鼻梁;根据鼻子在面部所占的比例分为长鼻、中鼻和短鼻;根据笔尖的形态分为尖鼻头、鹰钩鼻头、圆鼻头、大蒜状鼻头、翘鼻头;鼻孔有类圆形、类方形、类三角形、椭圆形和卵圆形;鼻翼根据突出程度分为显著突出、中等突出和不突出三种;鼻唇沟根据显著程度分为明显、中等和不明显三种。

颧骨特征:颧骨根据突出程度分为明显外突、中等外突和扁平型三种;根据外突的部位分为前外突、侧前外突和侧外突。颧骨前外突的一般伴有口裂小、嘴唇薄、眼窝内陷、嘴巴内缩;侧面外突的一般伴有方下巴;侧前外突的伴有尖下巴;颧骨扁平的伴有圆下巴。

下庭由唇区、下颌区和左右下颌角区组成。唇区和下颌区变化较小，左右下颌角区会因胖瘦而有较大变化。

口唇特征：唇由上唇和下唇组成，闭合时中间的唇缝叫“口裂”，上下唇汇合处称“口角”。上下唇分别由三部分组成：口外侧的皮肤部分、深入口腔的粘膜部分和中间的红唇部分。红唇部分的皮肤很薄，没有角质层，所以表现为血管的红颜色。上唇皮肤部分根据高度不同分为高、中、低三种形态，侧面观分为突唇、正唇和内缩唇；红唇部分根据厚度不同分为厚唇、中等唇和薄唇。

红唇的厚度与年龄成反比，与鼻子的宽度成正比，与上唇皮肤部的高度成反比。

口裂根据长度可分为长、中等、短，与口的大小有关；根据口裂线的形态可分为菱角型、直线型、弧线型；根据口角向面颊的走向可分为平角、上翘和下垂三种。

耳朵特征：突出于头部和面部的外耳部分在医学上称为“耳郭”。外耳孔前方有一凸起的屏障叫“耳屏”。耳郭下端全部由软组织组成的部分称为“耳垂”。耳朵根据形状分为类三角形、类圆形、类长方形、椭圆形和其他不规则形状；根据相对于头长的比例分为大、中、小三类；根据与头颅贴近的程度分为紧贴型、中等外展型和外展型；根据耳垂的大小分为耳垂大、中、小三种；根据耳垂下边缘的形状分为圆形、方形和无垂形；根据耳屏形状分为尖形、圆形和双峰形。

胡须特征：胡须，俗称“胡子”，泛指生长于男性上唇、下巴、面颊、两腮或脖子的毛发。如果要仔细区分，“胡”本来是指长在嘴边的毛，而上唇的称为“髭”（moustache，又叫“八字胡”“八字须”“两撇胡”，粤语叫“二撇鸡”），下巴的叫“山羊胡”（goatee beard），两鬓连至下巴的叫“落腮胡”（又叫“络腮胡”“连须胡子”），两颊上的叫“髯”，蜷曲的叫“虬髯”。有的人胡须浓密，有的人胡须稀疏。胡须的多少和形状与民族有关，与家族遗传也有关。大多数人的胡须是黑色的，也有人的胡须呈棕色或棕红色。

其他面部特征：痣、疣、胎记、白斑（俗称“白癜风”）、伤疤、文身等。这些特征的颜色、大小、形状、所处的位置都不相同，均可以作为认定人身同一的特征。

第三节　人像的鉴定

人的相貌比对有两种情况：一是根据照片鉴别是否属于同一个人的照片比对，二是根据目击证人或者受害人的表述为犯罪嫌疑人画像。

一、人像比对检验

以本·拉登照片检验为例，其面部特征包括：脸型、额、眉毛、眼睛、鼻子、嘴唇、耳朵、胡须。图 11-3-1 为比对图。



图　11-3-1

二、根据目击证人的表述为嫌疑人画像

在世界范围内，能够根据目击证人的口述进行面貌画像的专业人员不多，原因有两方面：一是目击证人无法准确描述人的面貌特征，很多情况下不知道该怎样表述特征。有时候，记忆中所有的特征在目击证人的认识中可能不被认为是特征。二是很多技术人员对相貌特征的规律性联系没有研究，询问目击证人的方法没有科学性和系统性。比如，直接问眼睛如何、眉毛如何、鼻子如何。目击证人可能回答"眼睛小"，但是眼睛小有很多表现形态，如三角形的、上睑有褶皱的、眼窝深陷的等，不是一句"眼睛小"就能准确说明眼睛的特征。实际上，人的很多特征是相互关联的。比如，高个子的人一般具有北方人的面貌特征，诸如长方形脸、椭圆形脸、正梯形脸等几种选择，额头侧面观会有直性、稍后倾的弧形等形态，鼻子窄，鼻梁高，

鼻头不上翘,嘴唇薄等一系列与个子高相关联的特征组合。如果是矮个子,经询问证人有不符合南方人特征的情况存在,仍可考虑结合北方人的面部特征组合情况进行画像。如果想知道眼睛的状况,那么颧骨的形态会和眼睛的特征密切相关。比如,颧骨前面外突,眼睛必然小,且上睑有褶线,眼窝深陷,通常还伴有口小且圆、颌部内缩等特征。另外,对一些对面貌特征有影响的改变性的特征尤其要重视。如体型胖的人,左右下颌部位是圆的。针对第一种情况,专业人员一定要将特征的完整体系描述出来,以提醒目击证人记忆中的所有特征。询问程序为:由目击证人口述特征,从显著特征到具体面部特征,依次确定面部特征。针对第二种情况,询问目击证人的方法应该是:先问嫌疑人的身高、体重或体型,再问脸型,问颧骨,然后是具体的五官特征。可以辅助问目击证人,嫌疑人与哪个著名的影星、体育明星或者其他名人比较相像。人的相貌是可以分类的,有些人的相貌甚至是极为相像的。另外,有一些开发的人像数据库可以利用,根据目击证人的描述调取同种类的人像照片,供目击证人选择最为近似的面部人像照片。但是,这种方法比较麻烦,目击证人可能会误解嫌疑人和类似人像照片的相似程度,因为他不确定究竟要达到什么样的近似程度才可以满足技术人员的要求,要在人像数据库里找出最为相似的人像照片估计很难。更不要说目击证人与嫌疑人仅一面之晤,再回忆嫌疑人的长相常常处于不确定的状态。人像照片无论是电脑组合的还是人为描绘的,其与真实照片的相似程度仍然是有相当差距的。真实的人像照片给人以动态的感觉,而电脑合成或者描绘的照片常常是呆板、没有生气的。对比电脑合成的照片和人为描绘的照片给熟知嫌疑人的人识别,手绘的效果要好一点。识别人会认为手绘的照片与人的实际面貌有偏差,会自动根据特征进行一些矫正;而电脑绘制的照片往往是根据面部如脸型、眼睛、鼻子等各个部分的部件组合成的,由于对照的是照片形式,给人以真实、不可矫正的感觉,反而妨碍了识别人的判断。

运用组合人像照片方法获得成功的案例在实践中绝对不是单纯依赖画像就能找到嫌疑人的,常常结合其他侦查手段,准确确定嫌疑人的调查范围,这样才能起到根据口述进行画像的目的;否则,即使电脑合成照片或者手绘画像比较接近嫌疑人,如果找错了调查范围,画像技术再高明也没有用。

但是,对比电脑合成的人像照片和案犯的真实照片,会发现电脑合成

的照片是僵化的、呆板的，而真实的照片是动态的。实际上，被拍照人不同表情的照片会给人留下不同的外貌印象。比对同一个人的不同表情，观察者通常不能立刻认定就是同一个人，还需要一个辨认的过程才能得出结论。另外一个重要的因素是，人的面貌特征的组合是一个协调的、规律性的组合，给人一种自然的、能够接受的组合状态。至于是一个怎样的协调的、规律性的组合，最终是由基因决定的。这种协调的面貌是经常在人群中出现的一种特征组合情况。人为地改变这种组合会给人不自然的感觉。另外，对于电脑组合人像或者根据口述进行的描绘画像，真正起到作用的情况有一个共同的规律，熟悉嫌疑人外貌的人可以随意从中挑选、辨认嫌疑人。另外，嫌疑人的行为方式与其犯罪行为相符合，这样辨认合成照片或者描绘画像的人才能够把照片上的人像与真实的嫌疑人联系起来，达到比较好的辨认效果。

第十二章　工具痕迹检验的实务研究

工具痕迹与其他类型的痕迹的不同之处是工具的种类很多，留在现场的痕迹也多种多样。同一个工具有不同的使用方式，不同的部位作用于承受体，留下的痕迹也各不相同。所以，在鉴定中，不仅要检视痕迹，还要检视留下痕迹的工具及其部位。

第一节　工具痕迹检验的现状

在现实的案例中，很少见到工具痕迹检验的证据材料。也就是说，工具痕迹检验在实践中用到的情况比较少。法庭上不大能够见到对此类证据的检验和质询。

一、犯罪现场工具痕迹的表现

罪犯在犯罪现场使用榔头、撬棒、克丝钳等工具、器械，破坏、移动障碍物或者目的物所留下的印痕或者遗迹，都是属于工具痕迹的范围。实践中，通常只有在找到嫌疑工具的情况下，才对撬压、打击、剪切等痕迹进行检验。然而，很多时候犯罪嫌疑人会带走工具。这种情况下，千万不能认为痕迹没有了利用价值，仍然要根据痕迹的表现形态判断痕迹形成的原因，以及形成痕迹所可能使用的工具。总之，在痕迹检验中，虽然痕迹的形态表现得极其复杂，仍然要扩大痕迹的检验方法和检验范围，使得痕迹在重建案件过程中发挥最大的证明作用。

二、案件中的工具痕迹特点

案件中的工具痕迹受多种因素的影响，具有以下特点：

1. 立体性

立体性是指工具痕迹的形态多表现为凸凹的三维立体形态，较少表现为平面形态的图案。

2. 多变性

工具痕迹的多变性增加了鉴定的难度。导致工具痕迹多变的原因有：(1) 工具作用于承受体的力量以及施加的力量方向不同。假定工具施加作用的那一面保持不变，作用力大，导致的凹陷痕迹的面积和深度加大；反之亦然。假定工具施加作用的那一面保持不变，作用力的方向发生偏移，形成的立体痕迹也会带有由于侧向力的擦划形态。(2) 工具本身发生变化导致痕迹发生变化。工具在使用的过程中发生变化，如刃口缺口数量增加或变化。当嫌疑工具被发现之后，制作痕迹的比对样本，必然会多出一些痕迹。因此，在鉴定时应当加以注意。(3) 承受体的不同造成同一工具形成的痕迹状况不同。同一工具作用于韧性或者脆性的承受体，形成的痕迹有很大不同。比如，木质的承受体的木质纹理会影响痕迹的形态。

三、工具痕迹的分类

根据作用力的结果，工具痕迹分为凹陷痕迹和线性痕迹。其中，凹陷痕迹分为撬压凹陷痕迹和打击凹陷痕迹，线性痕迹分为擦划线性痕迹和剪切线性痕迹。

第二节　常见的工具痕迹的特征

工具痕迹的检验依据的是痕迹的特征。凹陷痕迹的特征不仅包括静态的印压痕迹，也包括边棱的运动型擦划痕迹。线性痕迹多数情况下属于运动型擦划痕迹，较少出现印压痕迹。相当多的工具痕迹是动态与静态痕迹的结合状态。

一、撬压痕迹

撬压痕迹的形成是由于杠杆机械做功原理。手握工具用力的一点为力点，被破坏客体受力的一点为重点，在破坏客体的过程中支撑工具的一点为支点。支点和重点之间为重臂，支点和力点之间为力臂。重臂越短，受力越大；痕迹面积越大，痕迹越深。根据作用力，可以判断嫌疑人的力量和个人信息。

二、打击凹陷痕迹

凹陷痕迹是承受体在人挥动工具的力的作用下所形成的凹陷变形。

承受体在法线方向上受到打击的冲击力载荷，在其与工具相接触的部位发生凹陷变形。凹陷痕迹由痕起缘、痕止缘、痕底和痕壁组成。痕起缘、痕止缘和痕底是静态痕迹，痕壁是动态线性痕迹。工具质量、打击速度、冲击力、与承受体的作用时间之间的关系为：

$$Mv = ft\text{（动量等于冲量）}$$

（M＝工具质量，v＝打击速度，f＝工具挥动的力量，
t＝工具打击承受体的接触时间）

一般特征：工具的一般形状，如方形、梯形、六角形等；痕迹的宽度、长度、深度、直径；线条的类型；齿纹或螺纹的种类、方向、间距、数量等。

细节特征：反映在工具刃口、边棱、接触面上，因加工、使用或者维修而造成的弯曲、磨损、缺角、卷刃、裂纹、缺口、凹凸不平的点或者线，以及它们的形状、大小、方向和数量等；工具附带其他物体造成的痕迹，如固定锹或镐头的钉帽、钳柄上的塑料包皮；各细节特征的分布位置和相互关系。

三、线性痕迹

线性痕迹是指承受体在切向力的作用下，与工具相接触的部位发生相对位移而在被破坏的表面或断面上形成的凹凸线条。

线性痕迹的每个凹凸线都是工具边棱或刃口上的每个凹凸点所经过的踪迹，凸点形成凹线痕迹，凹点形成凸线痕迹。

擦划线性痕迹是指工具与承受客体接触，沿一定的方向滑动形成的凹凸线条。作用力分解为压力和推力。压力对线性痕迹的粗细、深浅起重要作用。压力小时，只有工具突出部位的凸点嵌入承受体，形成少而浅的线性痕迹。推力的作用是使工具在承受体上发生相对运动。

工具与承受体接触的角度、作用方向改变时会引起线性痕迹的变化，使该痕迹区别于其他痕迹。前角决定作用方式为推或拉，决定不同的两个面与承受体相接触。偏角大于或者小于 90 度决定形成线性擦划痕迹的总宽度缩小，各条线痕间距减小。侧角决定痕迹一侧较深，对侧渐浅。楔角（工具任何两个切削面的夹角）越小，工具的边棱越锐利，侵入客体越深，切削刃上的凹凸点能全部与承受客体接触。楔角越大，线性痕迹特征越不稳定，会因前角的变化改变接触点，出现新的痕迹。

钳、剪、斧有切削面，是为了形成后角减少阻力。

工具剪或切削承受体，在分割的断面上形成凹凸线条的剪切线性

痕迹。

可利用双刃工具的相对咬合作用分割客体。利用单刃工具(刀、斧、锯、锉、钻)沿一侧分割客体为切,斜切为削。利用双刃工具离断客体,形成四个坡面,每两个坡面的夹角为锋刃角,反映工具两个刃之间的咬合角大小和形状特征。两坡面之间有拉断的痕迹。剪刀比钳子的锋刃角大,钳断裂与疲劳断裂,断面缩小,有疲劳裂纹。

工具痕迹的提取方法有:(1) 醋酸纤维素薄膜法:AC 纸用前在丙酮中浸软,贴到痕迹表面,再贴一层干的 AC 纸,20 分钟后取下。(2) 硅橡胶制模法:硅橡胶 100 毫克,加入月桂酸二丁基锡 2.5 毫升,二氯甲基三乙氧基硅烷 4 毫升,在玻璃板上加入后便搅匀,涂注在痕迹上,5 分钟后取下。

第三节　工具痕迹的检验

工具痕迹的检验在实际案例中比较少见,就算是案件中出现了工具痕迹,最多就是对工具痕迹所形成的形态进行拍照,证明某个地方被工具破坏过。如果案件中找到了嫌疑工具,通常的做法是让嫌疑人辨认,然后制作辨认笔录。至于工具痕迹是否由该工具所形成,通常不会通过比对检验的方法,确认该工具形成了破坏痕迹。虽然犯罪嫌疑人在供述中承认使用了某工具,用来破坏现场的物体或设备,或者在辨认中口头承认使用的是某工具,但是这种确认犯罪工具的方法都是言辞证明的方法,受主观因素影响较大,可信性并未达到理想的要求。更何况有时候犯罪嫌疑人现场取材作为犯罪工具,由于不是自己经常使用的工具,未必能够确认该工具。所以,真正认定犯罪工具还是有必要通过科学方法检验,并验证确认工具及其所造成的痕迹的关联性比较适当且可信。

多个原因造成了目前这种现状。首先,工具痕迹具有复杂性。现场可能出现的工具有无数种,每种工具的使用方法通常不一样,在现场留下的痕迹多种多样。在嫌疑工具被找到之前,根据形成的破坏痕迹形态较难确认工具的类型。同样一把工具的使用方式可以有多种,每一种使用方式在承受体上留下的痕迹均不一样。同样一把工具,不同的人使用会造成不一样的破坏痕迹。同样一个人,在使用工具做同一种活动时,由于肢体动作的不稳定性,每一次的活动所形成的痕迹均不一样。因此,工具痕迹的表现是极其复杂多变的。其次,能够熟练掌握并精通工具痕迹检验的专家屈

指可数。正是因为专家难寻，导致案件中出现工具痕迹的情况时，处理方式上倾向于寻求供词的支持，而不是寻求鉴定的帮助。最后，鉴定工具痕迹时，专家制作比对样本不是一件简单的工作。鉴定人需要花费大量的时间研究工具的种类，确认工具用来破坏物体的是哪一面、哪一个棱边或者哪一个棱角。找准了部位，再使用不同的作用力、作用方式，在同样性质的承受体上制作比对样本。鉴定人需要花费很多时间和精力，才能制作符合要求的比对样本或者采集立体工具痕迹的模型，比对工具本身，以确认工具作用于承受体的部位。相对于前一种模拟试验制作样本的方法，这种提取立体模型的方法相对比较简单。

一、确定嫌疑工具

判断工具的种类是认定工具范围的关键，根据现场的工具痕迹判断工具的种类是每个鉴定人都会想到的。通常，判断工具的种类有以下一些参考的依据：

1. 根据被破坏物体的种类判断工具类型

例如，根据门锁的情况可以判断工具类型。如果门缝较宽，撬压的工具可以是有一定厚度的条形金属物。如果门缝狭小，锁舌没有与门缝在同一位置，开锁工具可以是软硬度均具备的塑胶片。如果要破坏桌子上的抽屉，使用一般的撬压工具即可。再如，破坏保险柜的工具必然是破坏力较大的撬压工具或者切割机器。

2. 根据被破坏物体上的破坏痕迹判断工具类型

根据痕迹的破坏程度，可以判断工具的质地。比如，受害人颅骨有严重的骨折，那么工具属于重质的物体，如金属、砖石等。根据痕迹的形态，参考破坏程度，可以判断工具的形状。比如，受害人头部的挫伤不规则，并有卫星状稍轻的挫伤，可以考虑凶器是砖石等不规则的工具。又如，受害人脖子上的条索状勒痕呈斜条状规则花纹，可以考虑工具为软质、编结的绳索。

3. 查对现场的物体是否符合犯罪嫌疑人使用的要求

根据物体被破坏的程度和形态，判断出大致的工具类型，然后寻找现场的物品，看有没有符合痕迹状态的物品作为犯罪工具使用。

二、制作比对样本和痕迹模型

制作比对样本一般是针对运动性痕迹的，痕迹形式通常表现为显性的

擦划痕迹。制作的样本与现场痕迹越接近，比对条件越好。但是，制作与现场痕迹形态一样的比对样本并不是一件容易的事。一般线性痕迹的形成是由特定的条件决定的，由工具的棱边或者刃口在作用力之下所形成。单刃工具或者工具的棱边在承受体上形成痕迹的情况比较多样化，人在使用这种工具时，工具的棱边或者刃口线与承受面的夹角和作用力不同，形成的线性痕迹的宽度和形态也不同。因此，要制作与现场痕迹一样的比对样本，需要参照痕迹的状态，不断调整工具的作用方式和作用力，经过反复试验才能使得样本条件逐渐接近现场痕迹的形态。双刃工具（如剪刀和钳子）形成的剪切线性痕迹，其一般刃口和承受体的纵轴呈 90 度左右夹角，所以制作样本时重点在于确认形成剪切痕迹的刃口的位置，不断调整刃口位置以制作样本，在若干样本中寻找最为接近的样本。如果工具刃口的硬度不高，在反复制作样本的过程中，很可能使得刃口发生改变，与现场痕迹产生较大区别。

制作痕迹模型是针对打击凹陷痕迹或者撬压痕迹的，然后比较模型与工具的特征，从而得出认定结论。制作出的模具可能附加承受体的特征，如承受体为木质，在承受工具的压力之下，拇指纹理可能开裂，或者承受体本身具有凹凸不平的形态。因此，在制作模型时，这些承受体本身的特征会反映在模型上，应当注意与工具的形态相区别。

三、特征比对

对于打击和撬压静态痕迹，可以重合比较，也可以比较特征点的形态和位置。对于线性痕迹，可以用重合对照的方法，也可以检材痕迹和样本痕迹各取不同的一半，然后看是否能够对接成一个完整的痕迹整体。

第十三章　笔迹检验的实务

笔迹鉴定是常规的检验项目,每个鉴定中心都设有这个检验项目。这也是个令鉴定人惴惴不安的鉴定项目,这个项目上的错误鉴定每年都有。关键的问题在于,笔迹表现比较特殊,呈现了不精确的稳定性。鉴定人并不真正了解笔迹的状况以及笔迹的形成过程中生理机制的影响。同时,绝大多数鉴定人并没有掌握如何确定笔迹特征。这常常表现为:对呈现在自己面前的特征视而不见,对鉴定案例中出现几率较小的个性化书写特点该如何处理不知所措。在笔迹鉴定结论质询中,鉴定人更是无法进行恰当的表述,无法向法庭正确传达鉴定的依据和结论推导。这使得笔迹鉴定问题不断。

第一节　笔迹检验的现状

笔迹鉴定人的职业培训在实质意义上不存在,因为笔迹鉴定的科学原理尚未在标准上统一起来。因此,笔迹鉴定执业者的水平参差不齐。

一、正确认识笔迹的特点是笔迹鉴定人应当具备的基本素质

从形态上看,笔迹是指人运用书写工具所书写的文字符号的痕迹。稳定性的笔迹反映了人的书写技能和书写习惯。书写技能是进行笔迹种类认定和伪装笔迹鉴定的依据。书写习惯是进行笔迹的同一认定的依据。不同的书写习惯的个性化程度表现不同,直接影响肯定同一和否定同一的认定结论。普通的鉴定人对于这种鉴定的基础知识并不能够完全认识并加以运用。

二、笔迹检验的范围

笔迹检验的范围非常广泛,包括:笔迹检验、伪装文书的检验、文书物质材料的检验、易见和不能见的笔迹的显现和恢复、文件形成时间的检验。

笔迹检验包括:对书写人的认定、对书写伪装的认定、对笔迹伪造的认定。对书写人的认定主要是指认定某个文件上的笔迹是否为某人所书写。书写伪装包括书写人故意掩盖自己的笔迹或者模仿他人的笔迹。笔迹伪造是指将他人的签名伪造到某个文件上,比如将他人的签名笔迹扫描到电脑中,然后再打印在文件上。

第二节　笔迹检验的原理依然是法庭质证的关键问题

实践中,对笔迹的认定是否有科学原理的支撑依然是值得讨论的重大问题。因为笔迹的不稳定性是绝对的,同一个人书写同一个字或词,无论重复多少遍,找不出两个完全重合的字或词。人与人的笔迹也是不同的,同一个人笔迹的不同与不同人笔迹的不同究竟有什么界限,在理论上没有支撑。因此,很多人认为笔迹鉴定是不靠谱的。在具体的鉴定案例中,通常鉴定人自己也无法准确论述鉴定结论的确切依据是什么,说不清在鉴定中究竟依据什么特征认定同一或者否定同一。

笔迹鉴定属于人的生理习惯类鉴定,好比嗓音、行走习惯以及使用工具的习惯性手法等,具有生理习惯的特殊性。生理习惯类鉴定的标准需要有统计学上的理论支撑,只有通过对生理特征的种类及其个性化程度进行统计,才能明确鉴定的标准。统计学意义上的笔迹特征表现是极其复杂的。因为笔迹的结构非常复杂,书写形式千变万化,所以笔迹特征的种类有上百种。[①] 另外,笔迹特征的表现并不是稳定的,如何看待不稳定的笔迹特征一直都是需要合理解释的关键问题。

一、书写习惯和书写技能

书写习惯存在于神经系统中,是人在练习书写技能时,主管书写活动的各功能区的神经细胞形成的固定的神经联系。书写技能是指人的长期书写活动在人的中枢神经系统形成的书写动作稳固、自动化的神经联系,即书写动力定型。一旦开始书写,书写动作的先后次序自动展开,并在无意识状态下自动完成书写活动。拥有书写技能的人,其脚、口或者其他部位经过练习可以替代手的书写活动,并表现出与手相同的书写习惯。书写

① 参见王冠卿:《笔迹鉴定的理论与实践新探》,北京大学出版社2003年版。

习惯是个性化的书写动作特点，是依附在书写技能中的、区别于他人的特点。在书写技能的表现中，附带了众多的书写习惯，这些书写习惯的综合构成了书写习惯的体系。笔迹鉴定的目的是确认书写习惯体系的同一性。书写技能是书写习惯的载体，而书写习惯是个性化的书写技能的特点。

二、书写习惯的特定性

书写习惯反映个性化的书写特点。在个人的笔迹特征体系中，多数的特征是个性化程度较高的特征。之所以如此，是由大脑的特点所导致的。特定性的形成原因系先天的大脑素质，精细活动功能区的特点人各不同，而后天的练习书写活动对精细活动功能区的强化有一定的影响。功能训练期过后，练习书写所导致的书写习惯状态主要取决于先天的大脑素质。有的人大脑属于兴奋型，笔迹特征的稳定性较差；有的人大脑属于抑制型，笔迹特征的稳定程度较好；多数人是属于中间类型的。有的人大脑善于精细活动，笔迹的书写规范符合程度较好；有的人大脑不善于精细活动，符合书写规范的程度较差。

三、书写习惯的相对稳定性

书写习惯形成之后长期保持不变，最稳定时期为 25—50 岁。相对性表现为书写动作的形态不可能完全重合。由于书写条件、书写者的生理和心理变化或者伪装，可能发生某些变化，这些变化是局部的，表现为某些书写习惯的改变，不会是书写习惯体系总体的根本性变化。但是，人在患病的情况下会发生部分特征的改变，在外行看来几乎不具备认定或否定同一的条件。（如图 13-2-1 所示）

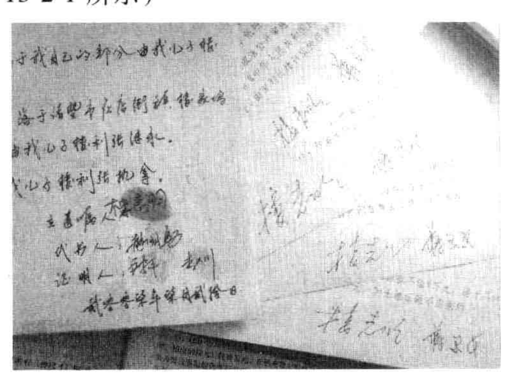


图　13-2-1

四、书写习惯的多样性

书写习惯具有多样性,原因之一是汉字结构的复杂性。因为行走活动比较简单,所以行走习惯比较少。人使用工具的动作种类也比较少,通常表现为敲打、撬压、切削等,因此使用工具的动作习惯的种类也比较少。但是,汉字的结构极其复杂,由点、横、竖、撇、捺、折、勾、挑八个基本笔画组成,每个基本笔画又有若干个变种,比如撇画有横撇、斜撇和竖撇等变化。笔画之间的顺序、交叉、搭配和比例关系在每个汉字中表现不同,单字的组成部分之间的位置关系表现多样,单字之间的位置安排和比例关系同样呈现多样化。书写人能够掌握的书写规范非常有限,因此符合书写规范的常常表现为少数书写形式。人的书写习惯体系的数量相对于其他生理习惯体系是庞大的。正是因为书写习惯种类繁多,使得汉字的同一认定条件表现良好。笔迹特征的数量是笔迹鉴定同一认定的基本依据。

第三节 实践中笔迹特征的确认方法和鉴定价值的确认

也许鉴定人都可以确定检材和样本中的笔迹特征,但是其确认笔迹特征的水平常常不能令人满意;即使确定了一些笔迹特征,对于所确认的每个笔迹特征对认定结论的具体价值如何,往往置之不理。

一、笔迹特征的确认方法

目前,鉴定人在确认笔迹特征方面存在诸多问题,主要表现在:首先,不知道某种书写形式是否属于笔迹特征,即对于特征与非特征的界限没有感觉和概念。实践中,较少有笔迹鉴定人对书写动作的规范状态和规律性进行研究。有专家已经提出,笔迹特征的构成条件是违反楷书体书写规范的稳定性书写形式。这基本上就是判断笔迹特征与非特征的界限,但是在鉴定实践中极少被作为依据以判断某种书写形式是否构成了笔迹特征。原因在于,对有些书写规范,能够遵守的人是少数,这些遵守书写规范的书写形式反而在人群中具备了个性化的性质,并且有可能被鉴定人作为特征使用。毕竟汉字的构造与书写规范太复杂了,人们在书写活动中为了减少麻烦,不遵守书写规范的现象非常普遍。人们被这些混乱现象弄得无所适从是正常的,但是作为鉴定人一定要了解鉴定的规范和程序,应当遵从统一的规则从事鉴定行为。虽然关于笔迹鉴定的笔迹特征确认的客观标准

及认定同一的标准没有行业性质的统一规定,但是鉴定人一定要有自己符合科学规律的检验方法,以可操作、可检验的方法及过程呈现于法庭,而不是让人感觉鉴定的过程像是"葫芦僧判葫芦案"。其次,不能确定检材或者样本中的全部笔迹特征。在很多案例中,鉴定人仅仅确定几个笔迹特征就得出了鉴定结论。在理论上,这很难说服法庭。最后,不能合理地为自己所确定的笔迹特征进行命名。虽然笔迹鉴定没有行业标准,也没有官方的笔迹特征分类与命名,但是鉴定人仍然有办法描述自己所选取的笔迹特征,使用自己的方式为笔迹特征临时命名,并且这种名称能够为普通人所理解。能够叫出笔迹特征的名称非常重要,这是笔迹鉴定质询的关键。如果不能叫出笔迹特征的名称,用"这个""那个"进行指代,必然造成混乱。在笔迹鉴定中,确认笔迹特征的水平显示了笔迹鉴定人的专业水平。

关于笔迹特征的确认方式,笔者在《笔迹鉴定的理论与实践新探》中已经详细地进行了论述。其实,真正做到确认笔迹特征不遗漏,或者尽可能少遗漏,还是有办法的。那就是参照标准的楷书体,同时结合汉字构造,由单个笔画、笔画间的关系、字的组成部分之间的关系以及字体之间的关系,就可以确认大部分的特征。先确认单个笔画的起笔、书写和收笔特征,根据笔画的具体形态是否符合汉字笔画的要求进行操作,然后确认笔画间的交叉、搭配和书写顺序特征,根据具体的交叉、搭配和位置关系是否符合笔画间的构架要求进行操作。至于字的组成部分之间的关系特征,根据具体的汉字的组成部分之间的位置和比例关系是否偏离规范要求进行确认。此外,还应分析整个句子或者签名中所有字的排列分布特征及错字特征。

二、统计并判断笔迹特征的鉴定价值是笔迹鉴定人必须要做的功课

通常,鉴定人在判断笔迹特征的鉴定价值时,采用的方法是描摹被鉴定人的笔迹,如果某种书写形式是稳定的或者其书写形态模仿起来极其困难,那么就可得出结论:这种书写形式属于笔迹特征,且对于认定或者否定同一的鉴定价值极高。这种判断方式虽然简单,且没有足够的说服力,但在目前的情况下属于可供选择的唯一的鉴定方法。之所以说这种鉴定方法没有说服力,是因为鉴定人不能模仿书写形式并不代表其他人不能成功

模仿。所以,真正科学的方法要有统计学上的依据。应统计所有可能出现的笔迹特征在人群范围内出现的几率,有了这样的依据,就可以大致计算某检材笔迹中书写习惯特征体系的组合几率,看这个组合几率是否在人群范围内达到了同一的要求。

第四节 伪装笔迹的鉴定实务

实务中,常见的伪装笔迹的状况主要有两种:(1) 故意改变本人的笔迹特征,企图使他人无法识别是其所书写;(2) 模仿他人笔迹,企图使他人相信文件表达了被模仿人的意思。两种伪装笔迹均分为临时模仿和经过练习加以模仿两种形式。临时伪装的笔迹熟练程度下降,表现为笔画不流畅、书写技能下降等。书写人经过一定的时间书写练习,可以形成与自己原有的书写形态有所区别或者接近被模仿人笔迹的书写形态。经过准备的伪装笔迹给人的第一感觉是正常的笔迹,但是仔细观察仍有书写人原有的书写习惯,并在伪装笔迹中表现出来。

一、改变自己的笔迹特征

随意改变自己的笔迹特征的特点表现为:笔迹熟练程度降低,全篇文字的笔迹熟练程度不一致,字体、字形、笔画形态不统一,运笔不自然,字的搭配比例不匀称,部分书写动作缺乏规律性。通过练习改变自己的笔迹特征,通常改变的是笔画的书写形态和连写形式。(见图 13-4-1)

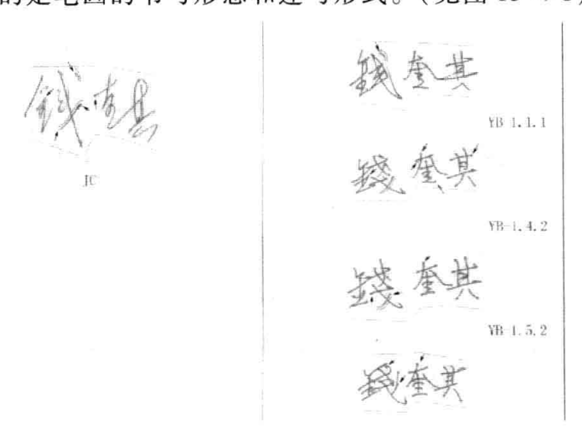


图 13-4-1

二、模仿他人的笔迹特征

临时性模仿他人的笔迹特征的特点表现为：书写速度、连笔动作、笔迹压力和笔画的形态不协调；书写速度慢，笔画压力没有轻重之分，书写平缓无力；笔画的连接和转折处有停顿和拖带痕迹，笔画不圆润、不流利，有弯曲抖动现象；可能出现添加、修描和涂改痕迹。书写人通过练习模仿他人的笔迹情况，笔迹流畅，书写状况自然，与被模仿人的笔迹有某种程度的相似，但是仍有较多的区别，仔细鉴别还是比较容易判断的。

第五节　对同一笔迹鉴定案例不同国家专家意见的比较研究[①]

笔者有幸得到针对同一笔迹鉴定案例由来自马来西亚、新加坡、澳大利亚的专家给出的意见文本原文，并有中国某市的一家鉴定机构针对该笔迹鉴定案例得出的笔迹鉴定意见结论，使得笔者能够从具体的案例分析这三个国家与中国之间在笔迹鉴定方面的具体操作和所依据的鉴定标准。

一、案例摘要

1．1993 年，邱某某与陈某某接洽，要求陈某某投资中国的一个项目。邱某某表示他可以争取到该项目，并向陈某某出示了他与中国有关方面签订的一份合同。邱某某曾经是马来西亚公民，但被撤销国籍，目前是伯利兹公民。上述项目是关于在中国吉林省省会长春市经营及发行社会福利彩票。

2．鉴于上述项目的前景极为可观，陈某某说服了 TCB 有限公司和 EB 有限公司通过一项复杂的股份收购，共同控制了香港 GG 国际管理服务公司（以下称“香港公司”），作为投资上述项目的机构。

3．香港公司同意支付 500 万美元给邱某某，作为获取上述项目的劳

① 本笔迹鉴定案例由上海国策律师事务所提供，笔者隐去了有关人员和机构的名称。

务费。

4. 劳务费以现金和TCB有限公司、EB有限公司的股份方式支付给邱某某。其中,现金200万美元于1993年4月和5月用电汇的方式支付给邱某某,股份在1993年3月注册在邱某某的两名代表名下。

5. 香港公司和邱某某于1993年5月某日签订了劳务费合同。

6. 之后,香港公司投下巨额资金购买必要的电脑硬件和软件以支持上述项目的运作,收购长春市一座大楼作为公司总部,并聘用必要的人员和专才,设立试点,以筹备、落实上述项目。

7. 然而,上述项目屡次展延,无法落实。后来,香港公司发现邱某某根本没有也不可能获得中国国务院的批文,整个项目其实是个骗局。

8. 由于长春福利彩票项目的落空,TCB有限公司和EB有限公司在1996年报销了马币2900万元的损失。

9. 1994年10月,香港公司向某某市中级人民法院起诉邱某某,以讨回支付给邱某某的劳务费。香港公司同时分别向马来西亚法院起诉邱某某及其他相关人员,以索讨香港公司因上述项目而遭受的损失赔偿。

10. 1996年6月,法院判决邱某某败诉,判令邱某某把劳务费返还香港公司。

11. 香港公司无法强制执行上述判决,因为无法找到邱某某及其在中国的财产。

12. 2001年,邱某某再次出现,据说在6月某日向法院申请重审本案。法院在2002年6月决定重审。

13. 重审在2002年10月开庭,法院根据中国某某法庭科学技术鉴定研究所的报告,判决劳务费合同上的邱某某签名并不是邱某某的笔迹,而是伪造的。于是,法院撤销1996年的原判决,并对香港公司及其法人代表因伪造笔迹判处罚金三万元和一千元。

由于邱某某否认合同文本上的签名,所以在马来西亚的损失赔偿案件在审理过程中分别委托了马来西亚、新加坡和澳大利亚的专家进行鉴定。

二、马来西亚、新加坡和澳大利亚专家的鉴定意见

1. 马来西亚专家的鉴定意见

法庭咨询服务

SIOW KWEN SIA
法庭咨询
理学士(荣誉学位)AMIC
法庭科学文凭(Strathclyde)

No.11,Jalan SS 3/52,
University Gardon,
47300 Petaling Jaya,Malaysia,
Tel. & Fax:03-7763551

签名鉴定报告

9.11,2002

你方(函件)编号:你方要求日期为2002年11月1日

我方编号:KhELm/Tlm/KL/02

A. 要求与文件

2002年11月1日,我被要求确认签署在Golden Glory International Management Services Ltd.与Khoo Ee Liam之间日期为1993年5月16日的原始合约上的书写人,通过比较下列文件的签名样本(原始文件标记位O,其余文件为复制件):

S1　16.11.87Golden Glory International Consultancy Limited资产负债表(O)

S2　27.11.87 page 2,GGIC董事报告(O)

S3　16.2.88 10163400股股份转让证书,00347

S4　16.2.88 售卖10163400股GGIC股权的合约说明

S5　16.2.88 转让1560000股股权证书,00348

S6　16.2.88 售卖1560000股股权(S6a,b)的合约说明

S7　16.2.88 转让1股股权证书,00349

S8　16.2.88 售卖1股GGIC股权的合约说明,00350

S9　21.4.88 Golden Glory U.S.A. Inc.股权证书,3310

S10　28.4.93 致Dato Chan的同意分配股份函

S11　29.12.93 Golden Glory Games的股票申请书

S12　30.6.94 董事辞职的会议记录

S13　9.7.97 诉讼案号:D5-22-270-96 的宣誓书

S14　8.1.99 诉讼案号:D5-22-270-96 的宣誓书

对照样本来自于 Hamzah Sulaiman & Partners, Suite 2101, 21st Floor, Hamzah Kwong Hing, No.1 Leboh Ampang, 50100 Kuala Lumpur。

B. 检验与拍照

签名用尼康 SMZ-1 立体显微镜进行了检验,随后用尼康 F3 摄影机和 Micro-Nikkor 微拍镜头进行了拍照。

图 1(略)显示了可疑签名 Q 和对照签名样本 S1 至 S14 是在同一放大比例和同一背景下并排放置的,以方便比较。有微米标尺置于签名的旁边。

C. 签名比较

经比较可疑签名和对照所有签名样本,可疑签名的下列特征可以在所有样本中被发现(表述在每个特征之后):

C.1 姓氏,Khoo

字母 k

1. k:竖画轻微向后倾—S1, S11

2. k:竖画底部向右弯曲—S1, S14

3. k:右边弯曲笔画向左转切分竖画—S11

4. k:宽的上部笔画向右转—S1

5. k:右边弯曲笔画以短而微显平直的部分开始,紧接着曲线转折—S7, S1

6. k:极其浅而宽(右边笔画后半部分)的基部

字母 h

7. h:后倾—S1, S5a

8. h:短的上部环状—S1, S5a

9. h:尖顶环状—S1

10. h:极其浅,基部转折—S1

11. h:较低的峰(指 h 的右边笔画的上半部分)短而尖—S1, S3

字母 oo

12. 第一个 o:收笔位于低于 o 顶部的左下方—S1, S12

13. 第一个 o:基部由重复前一个位于连接 h-o 的浅基部弯曲行笔所形成—S1

14. 第一个 o：一个圆环与底部的曲线重合—S1

15. 第二个 o：收笔结束于左上部位—S1，S13

其他特征

16. k 悬挂 h—S13，S2

17. hoo 的基线水平排列，尽管空间有余—S13

C.2 中间名字：Ee

字母 E

1. E：底峰特征貌似 L，其他笔画短且与 L 相分离—S1，S7

2. E：左边主干笔画稍向前倾斜，而 K 的主干笔画则向后倾斜—S13，S14，S9

3. E：主干笔画的上端略微高于 K 的上端—S2，S8

4. E：主干笔画的上端从右边开始略弯曲并逐渐变细—S14

5. E：主干笔画的中部不直，略微向右摆动（仅仅对照直边才可见）—S14

6. E：顶部的笔画短，上升且左边逐渐变细—S14

7. E：顶部的笔画高于主干笔画的上端—S1

8. E：中部的笔画短，向上弯曲并上升—S2，S8

9. E：中部的笔画正位于顶部的笔画之下—S2，S8

10. E：中部的笔画比顶部的笔画短—S2，S4

11. E：底峰在 o 之上—S13，S3

12. E：左基部在 o 之下转折—S13，S3

13. E：基部由边收笔向上转，位置高于左基部转折—S14，S3

14. E：较低的左基部转折，略微成圆 V 状—S14

15. E：基峰的圆状转折—S11，S3

16. E：收笔向上，圆状转折—S6a，S2

字母 e

17. e：起笔向上弯曲，向左边突出—S11

18. e：向前倾斜的孔眼—S1

19. e：基部弯曲，浅而宽—S2

20. e：基部收笔距眼孔有一些距离—S2

21. e：眼孔在较低的 E 的底部右边之上—S1

22. e：距 E 的中部笔画比距 E 的基峰近—S14，S7

C.3 末名：Liam

字母 L

1. L：主干笔画稍向前倾，而 K 的主干笔画向后倾—S13

2. L：顶部短环状—S1, S8

3. L：顶部环状由一个短的上升笔画起笔，接着环绕转折形成—S13, S6a

4. L：左基部转角比 E 的左基部转角较近—S2, S1

5. L：基峰高度比 E 的基峰高度低—S11

6. L：峰的右边下降比 E 的峰的右边下降长—S11

字母 i

7. i：前倾且反向书写—S13

8. i：右边下降弯曲的曲状笔画与 a 相连—S13

9. i：点画位于下一个字母 a 的左上方—S13

10. i：右边下降弯曲，向 a 的底部曲状书写—S13

11. i：位于 L 顶部的环与基峰之间—S13

12. i-a 之间的空间延伸，宽于 a-m 之间的空间—S1

13. iam：与中名的 e 处在相同的水平线上—S14

14. iam：三者的基部处于同一水平线上，尽管空间有余—S14

字母 a

15. a：比 Khoo 中的 o 大且高—S11

16. a：圆环状字体—S13

17. a：右边末笔向下书写的笔画较字体短—S11, S13

18. a：右边末笔向下书写的笔画向后倾斜—S13

19. a：位于 L 向上曲转收笔的上方—S13

20. a：以一个环绕圆环起笔，接着是一排四个短 1；第一个 1 与环绕圆环相接，形成 a—S2

字母 m

21. m：高度比 a 低—S13

22. m：两个重复的 u，而不是两个重复的 n—S1

23. m：所有的三个 1 的短尖峰，每个尖峰的左边向上弯曲，融合右边的向下弯曲

24. m：中间的尖峰稍微短于边上的尖峰—S1, S9

25. m：右边的 u 比左边的 u 稍宽—S1，S6a

26. m：右边延伸到基线之下，形成一个长的向下弯曲线

末尾部分

27. 长的向下弯曲部分几乎是 m 的两倍宽度—S13

28. m：长的曲状向后转出一个边环—S11

29. 书写动作由变换伸出，向左形成一个末名下标线状笔画—S3

30. 整体的下标线状笔画从中名的下边开始，收笔超过末名的 L—S13

31. 整体的下标线状笔画在右边由一个上勾状收笔—S14

32. 整体的下标线状笔画呈曲状—S12，S5b，S2

C.4 书写水平

如图 2(略)所显示的，可以签名 Q 的书写水平或者书写运动是极好的，基于下列特征与样本是具有可比性的：

1. k 优美的全局曲线书写运动

2. L 上与 m 收笔部位形成完美的环

3. 大量的尖状起笔与收笔：K 的右边弯曲笔画的起笔；E 和 L 的上部左边起笔；E 和 e 的短笔画起笔和收笔；E、L 和整体的下标线状笔画的收笔

4. E 和 L 书写流畅的基峰，以及与基峰相连的基部转折

5. 在 Choo(Khoo)和 iam(Liam)中的一笔连续书写运动

6. 在 hoo 中有节奏的短浅而宽的基部弯曲

7. 在 iam 中规则的向下弯曲斜线和基部曲线

8. 环绕的下标线状笔画中的长尖状收笔

9. 不同的笔压：向上书写和向下书写—E 基峰

D. 结论

基于上述比较中大量的相同点，我可以得出结论：在 Golden Glory International Management Services Ltd. 与 Khoo Ee Liam 之间日期为 1993 年 5 月 16 日的合约上的可疑签名与对照样本上的签名属于同一书写人。合约签名不是复制的签名。

(签名)

———

法庭文件分析者

法庭咨询服务

该马来西亚笔迹鉴定的专家意见后附专家的资格证书复印件、专家背景介绍以及护照复印件。

2. 新加坡专家的鉴定意见

法庭科学中心
卫生科学官方机构　　HSA
11. Outram Road Singapore 169078　　Health Sciences Authority
Tel: 652216800　Fax:652290749
Website: www. hsa. gov. sg
Lab. No. DE-2002-00347　　November 28, 2002

报　告

我,Lee Gek Kwee(女士),法庭科学家顾问,兹此证明于2002年11月14日上午9点15分收到由M/s Talam Corporation Berhad, Kuala Lumpur, Malaysia提交的六份未密封和未做标记的证据。我将该证据分别标记为"Q"和"S1"至"S5"。该证据状况如下:

Q——一份日期为1993年5月16日由Golden Glory International Management Services Ltd.与Khoo Ee Liam签订的协议;

S1——一份Golden Glory International Consultancy Limited在1986年11月21日至1987年11月16日的报告与账目;

S2——一份由Khoo Ee Liam向Golden Glory Games Development Limited董事局提交的"股权申请书";

S3——一份1997年7月9日Khoo Ee Liam在吉隆坡高等法院案号为D5-22-270-96的案件中的宣誓书;

S4——一份1999年1月8日Khoo Ee Liam在吉隆坡高等法院案号为D5-22-270-96的案件中的宣誓书(带有马来西亚译文);

S5——各份文书的复制件(共33页)。

我被要求检验上述证据并出具报告鉴定Khoo Ee Liam在Q中第四页的签名是否是由据称其签名笔迹出现在S1至S2中的Khoo Ee Liam所签。

检验中,我发现S1至S2(日期介于1987—1999年)中Khoo Ee Liam的样本签名分别在设计、大小、签名的基线排列、线条的书写水平、一般的

笔画倾斜的特征上显示出良好的连贯性(请参阅所附比较图表右栏下S1至S2的签名)。在与Q的签名比较中,我发现在S1至S2中的样本签名与Q中的可疑签名在笔画的流畅水平、书写力量、倾斜、构造、相对高度和alphabet字母间的距离上有显著的相同特征(请参阅比较图)。鉴于所发现的相同特征,我认为Q中的可疑签名是由据称其签名笔迹出现在S1至S2中的Khoo Ee Liam所签。

检验后,该证据以"新加坡卫生机构"纸封密封,连同此报告于2002年11月29日下午3点5分交给One Howee Teng先生。

(签名)

Lee Gek Kwee

3. 澳大利亚专家的鉴定意见

鉴定书编号:　C3142/sjs

法庭文件服务有限公司
ABN 60 008 575 942
可疑文书与笔迹之科学检验

Sydney
PO Box167
Manly NSW1655
Ph: +61299770266
Fax: +61299770402
DX 9239 Manly

Canberra
PO Box 543
Queanbeyan NSW2620
Ph: +61262383443
Fax: +61262383407
DX 24208 Queanbeyan

鉴定报告

委托方 Talam Corporation Berhad
Menara Maxisegar
Jalan Pandan Indah 4/2
55100 KUALA LUMPUR
MALAYSIA
Facsimile No: +60342806739

鉴定事项:关于Khoo Ee Liam名字签字之文书检验

检验人 Dr. Steven J. Strach
笔迹与可疑文书检验人

2002年12月17日

前言

1. 经过收自日期为2002年12月1日Talam Corporation Berhad, Kuala

Lumpur, Malaysia 的函和之后的传真、电子邮件及电话交谈中的指示,我检验了附在本次鉴定报告附件一中的文件。我对它们的参考编号进行标记并附在附件二中。·除了可疑文书("Q")中有文件中每一页的复制件,带有对照样本签名的文件中只有有签名笔迹的文件页才予以复制。

2. 我被指示检验文件并出具以下意见:

(1) 附件一中文件 Q 中 Khoo Ee Liam 的可疑签名是否由原件和复制件的对照文件中该名字的书写人所写。

(2) 显现可疑文书中任何潜在的书写印压图像。

检验方法

3. 样本签名采用宏观的方法(即肉眼观察)和借助显微镜的方法观察,确认签名的构造、空间和动力特征。检验每一个签名中的特征包括构造细节、签字的组合形式、书写方向和书写顺序、提笔习惯、大小、倾斜、签字组合的比例、流畅程度、笔压的效果及变化。我所能得到的很多样本签名仅仅是复制件,对于这些复制件的细微的图像特征作更为严格的检验是无法进行的。我在样本签名之间进行相互比较,以图确定它们是否合理地来自于同一书写人。

4. 可疑签名用上述两段中所描述的同样的方法进行检验。

5. 我比较了可疑签名与所有样本签名之间的书写形式、构造、书写的流利水平,确认可疑签名的特征与样本签名的特征相同或相异,取决于经观察确认样本签名,其特征是处于或者超出特征正常的变化范围。我基于评价样本签名的书写人书写可疑签名的主观可能性作出鉴定结论,依据是所发现的相同或者相异的性质。

6. 可疑签名也通过采用透光重叠的方法与样本签名相比较,以确认是否以这一套样本签名中的任何一个为模本的所有迹象。

7. 所有可疑文书的纸页采用静电探测器的方式进行了检验,为的是显现纸上任何潜在的书写印压痕迹。这些印压痕迹通常是在重叠文件上通过书写活动造成的,可能有助于确认可疑文书形成的经过和来源,以及提供书写活动进入其他文件的信息。

观察

<u>签名检验</u>

8. 下列检验 Khoo Ee Liam 的样本签名,我满意于它们是由同一人书写的合理性。

9. 通过比较可疑签名和样本签名,我发现可疑签名在书写形式、构造、书写的流利水平上与样本签名有很多相同点。通过比较样本签名相应的特征,我也发现在一些特征上有细微的差异。我所注意到的细微差异点如下:

(1) 可疑签名总的水平长度比任何一个对照样本签名都大。文件 K7(复制件)上第二个对照签名在长度上最接近可疑签名,大约是文件 Q 上可疑签名长度的 92%。然而,对照签名的长度有显著的差异。我不认为这种细微差异是显著的,因为我有理由期望在更多的样本签名中发现一个相同或者更大长度的偶然性签名。何况复制文件上样本签名有可能不是原签名长度的准确反映,因为其大小会在复制过程中发生变化。

(2) 可疑签名中字母 K 第二笔画的顶端距主干笔画的延伸比样本签名中远得多。在样本中,这个"dimenshion"有显著的差异。同样,这个"dimenshion"有可能不是原签名中"dimenshion"准确的量度。鉴定人在观察现有的一套签名样本时,可能期望这样一个极端的"dimenshion"发生,虽然不常发生,有时会出现在更大的一套签名样本中。

(3) 可疑签名中字母 L 的顶端的环,与样本签名相比较,向主干笔画的左端延伸更远。我认为这是一个较小的差异,并且能够合理地期待在更大一套对照样本中发现这样的特征。同时,必须注意复制的样本签名的图像可能不能准确地表述那种常常是色泽暗淡或者较细的笔画特征的长度。

(4) 可疑签名中字母 m 的末尾环绕一个环状向左结束的优美曲线,明显比任何签名样本的相应特征长。由于签名样本中该特征的长短有较大的变化,因此我不认为这种区别有重大意义。另外,必须注意复制的样本签名的图像可能不能准确地表述那种常常是色泽暗淡或者较细的笔画特征的长度。

10. 在可疑签名和对照样本中被注意到的很多相同特征包括但不局限于以下可疑签名构造粗略的和细微的特征:

(1) 显微镜检查发现可疑签名基本流畅的笔压变化的印压痕迹的发生与存在。

(2) 签名的很多组合的相关大小和位置关系。

(3) 详细的签名组合的构造特征。

(4) 很多细微的签名组合的形态特征。我特别注意到 K 字母的第二个组合、hoo 字母、E 字母、L 字母以及 i 字母波动形态点画开始部位的

弯曲。

11. 所检验的所有签名的放大复制陈列图表附于本检验报告附件三中。每个签名均标有它所在的文件的参考编码,列在附件一中,还有所知道的与签名有关的日期。

12. 上面段落9至11中所描述的一些(但不是全部)特征可在这些图表中见到。

书写印压痕迹检验

13. 使用静电探测仪检验可疑文书的所有页码(包括封皮),显示出一些无根源的书写印压痕迹,就像已知来源签名或笔迹通过纸张叠加形成的下面纸张上的书写印压痕迹。显示相关印压字体图像或凹陷字体的静电探测仪图像的复制件附载于附件四中供阅。

结论

签名检验

14. 像我在上文段落9至11中所描述的观察结果,可以总结为:在可疑签名和对照样本中,很多相同的特征都是有意义的,而几个细微差异的特征是没有意义的。我的结论是:样本签名 Khoo Ee Liam 的书写人就是可疑文书上可疑签名的书写人的可能性极高。那就是说,我几乎肯定他就是书写可疑签名的人。结论中存在极小的适格性,尽管技术上可能提出有另外一个人书写非常相似于真正签名的可能性的存在,但不能提出有另外一个可能性的有意义的证据。我认为极端不可能的另外一个可能性能够代表可疑签名的真实来源。

15. 本公司用于笔迹和签名检验的关于结论的不同层面上的解释在附件五中有描述。

使用静电探测仪显示的书写印压痕迹的检验

16. 本次不提供在可疑文书中用静电探测仪所发现的所有书写印压痕迹的详细描述,但在被要求时可以提供。

17. 我注意到在可疑文书第三页(页码数字为2)的顶部附近有书写压痕,同时也注意到来自第一页书写日期的压痕,并发现无法解释来源的显示比同一日期(5月16日)更远的书写压痕,以及一个书写开始部分显示:"签名……出席"(虚线代表无法解释的字符)。

18. 我也注意到,在可疑文书签名页(第四页)背面的静电探测仪图像以及文件背面封皮里面的静电探测仪图像的凸痕和凹痕笔迹显示出,在签

名的第四页(G-5)原来是用铅笔开始书写的,后来又被擦掉。这些凸凹印痕部分可读为:“NRIC818144D……993……P……315”。文件Q-5中,我在签名页证人签名以上到Khoo Ee Liam签名区域观察到纸张纤维的纷乱和原来签名的压痕。(静电探测仪不能也不被期待能在被擦掉区域的检验中直接显示被擦掉的书写开始的书写压痕。)另外,第五页中的四个凸的和凹的签名印痕在本页的背面和可疑文书封皮的里面分别在静电探测仪中显示出来。

19. 书写压痕及其所在位置的进一步检验的探查经委托方要求可以实施。

最后说明

20. 通过检验更多Khoo Ee Liam的原始签名对照样本,我可以得出更确定的结论。

21. 我的简历的复印件提供了我法庭科学的执业资格和我在文件检验领域内的执业经历,附在附件六中。

22. 如果我被要求就我所发现的提交证据,我将准备图表,包括一些特别细微的图像以及我所作结论的依据。请在开庭日之前通知我,以便有时间作此准备。

Steven J. Strach 博士
笔迹和可疑文书检验分析人
(请直接将有关此报告的来往信件交到Canberra实验室)

三、从案例中分析国外笔迹鉴定情况的特点

笔者没有得到中国方面所做的笔迹鉴定的鉴定书原文,也没有必要得到,只是从有关律师的卷宗材料中得知其鉴定结论与来自马来西亚、新加坡、澳大利亚的专家意见相左。笔者运用自己从事文件检验的检验原理和方法,比较了可疑签名和对照签名样本,得出的结论与以上三个国家的专家意见相同。任何一个国内一般水平的文件检验人员应该也会得出相同的结论。究竟为什么会在一宗跨国诉讼中出现这样的所谓“中国专家”的鉴定意见?这令人难以理解。是应该归罪于案件审判中的混乱,还是应该归罪于中国文件检验者的专业水平糟糕,或者两者皆有?笔者不敢贸然定论。事已至此,也只能让其成为历史了,只是希望历史不要重演。

上文中三个国家的专家意见也许不是其相应国家水平的普遍性代表，但至少可以说明以下情况：

从鉴定书中可以看到，马来西亚的专家的检验是对笔迹特征的仔细观察与对特征的详细描述，其对笔迹特征的认识与理解水平还是相当高的，但主要侧重于相同特征方面的比较，对可疑签名与对照样本签名之间的差异未作解释。新加坡的专家意见却要简单得多，其实质内容部分的描述与中国笔迹鉴定书中实质内容部分的描述比较接近，同样对可疑签名与对照样本签名之间的差异未作解释。澳大利亚的专家的检验侧重点在于对可疑签名与对照样本签名之间的差异作了解释，同时对鉴定要求之外的可疑文书检验有较多的检验描述，如静电探测仪对书写印压笔迹的检验。他针对可疑签名与对照样本签名之间的相同特征的比较与描述似乎与新加坡的专家没有太大的区别。在对照签名样本方面，澳大利亚的专家所依据的对照样本最多。即使这样，他仍然不敢作出肯定性的鉴定结论，说明至少是检验者本人对手写笔迹的认识与理解是极为谨慎的。三个专家的意见之所以有较多不统一，也是由于专家意见本来就是由个人行为的表述所决定的。

三个国家的专家意见都具有相同的特点：三个检验报告均为个人意见，并且是个人签名，这是由专家意见本身的性质决定的。出具专家意见的人是专家证人，专家证人根据自己所熟知的专业知识对物证或者与案件有关的现象进行观察、检验并作出最终结论。所以，专家意见因专家个人而不同是必然的结果。

本案例的鉴定并不复杂，仅仅属于一般难度的签名笔迹鉴定，马来西亚的法院之所以寻求三个国家的鉴定机构的著名专家进行鉴定，是因为中国某刑事技术研究所出具了令人怀疑的鉴定报告，是为得到多数相同的专家意见而为的。中国某鉴定机构在涉外案件中如此鉴定，对中国鉴定行业在国际上的威望造成了严重的损害。提高中国鉴定行业的水平和素质，整顿不规范操作，是中国司法制度建设的重要组成部分，也是当务之急。

第十四章　医疗纠纷的实务研究

在我国,医疗纠纷是现实中一个突出的社会问题,这种纠纷已经成为社会的不安定因素,成为一种社会伤痛。患者在医疗中遭受的身体、精神上的伤害和经济上的掠夺,法院审判医疗纠纷案件中存在的种种不公正的现象等,已经成为公民无法忍受的社会现实。这种社会现实源于长期的历史影响、制度原因和文化原因。笔者认为,要改善这个问题,在宏观方面,需要从国家的管理思想和管理制度、法律制度上作出重大变革;在微观方面,需要从医疗行为的行政管理和医疗单位的社会责任培养上采取多种措施。

释迦牟尼有一句经典的话:“人的生老病死都是苦的,苦的根源在于人有欲望,必须根除一切欲望,进行修行,才能到达极乐世界。”这句话的本意是规劝人要进行修行,以减少人生的痛苦。尽管这是一种无法做到的至高境界,但至少对人的心灵有一种疗伤的作用。同时,这句话也说明了人的生命是多么脆弱。一个人从生到死,可能会经历疾病、意外事故、社会关系的冲突等,这些对肉体和精神所造成的伤害及不幸也许会伴随我们一生。伤痛是无法避免的。作为人类社会中的成员,我们每一个人所希望的是能够借助诸如医生、心理专家的治疗或者社会救助等疗伤行为,减少人生的痛苦。基于这种自然的要求,人们对医生和医疗单位的社会责任给予了较大的期望。倘若执业医生和医疗单位在思想上没有“社会责任”的观念,这是一种悲哀。如果这种观念在医疗行业中占主流,则会对正常的社会关系造成破坏。调节社会秩序正常化的司法制度如果没有在审判实践活动中指引执业医生和医疗机构秉持应有的行为和观念,会恶化这种不正常的社会关系。在医疗纠纷事件中,对需要救助的患者实施伤害行为,患者在医疗纠纷的冲突中所遭受的伤害,加上在法庭上由不公正的司法程序、事实认定所带来的精神痛苦,无异于雪上加霜。在此意义上,佛家的这句名言也证明了,这种累加的伤害所造成的痛苦源于欲望——对利益的追求。众所周知,医疗纠纷问题长期得不到合理解决,已经成为一个突出的社会

问题。医疗机构甚至在某些场所变得声名狼藉,以至于出现了患者在就医时携带微型录音录像设备,以防在今后的纠纷中处于被动地位。医疗纠纷发生后,患者在法院败诉,便开始了漫长的信访路程,甚至为此倾家荡产。抛开这些冲突的法律案例不论,对于没有陷入过医疗纠纷的公民而言,实际上也没有享受到真正的医疗保障。医药费有相当一部分由个人承担,在遭遇严重疾病时,自己也要承担相当比例的费用。对于普通的公民,如农民,昂贵的医药费占可支配收入的比例之高,令其难以承受。重大疾病的医疗保障制度没有解决根本性问题,仍有很多处于最低收入阶层的人对于重大疾病的治疗,要么选择放弃,等待死亡的降临;要么倾家荡产,最终无力承担。那些在媒体上报道由某个慈善家资助,或者医院承诺免去医疗费的,更是凤毛麟角。在这些个案中,有多少是真正意义上的慈善行为,而不是属于商业炒作或者借媒体作秀?我们不能对此苛求。从理论上讲,如果公民购买足够的医疗保险,就会解决所有的难题。在医疗保障上,国家没有强调公民必须购买足额的医疗保险,以在重大疾病出现时不致破产。实际上,对保险公司来说,疾病几乎是被保险人发生几率很高的风险,因此保费极为昂贵,更不要说保险公司所收取保费的很大比例进入了代理人的口袋。保险费所形成的基金池并不会在风险发生时毫不犹豫地给予支付,国家的管理制度现状难以保障医疗基金不会被用在应有用途之外的地方。另一方面,对于公民来讲,其收入水平还没有达到可以毫不迟疑地承担昂贵的保险费的生活水平,而实际上这种风险是否发生还不可预知。作为一个现代社会的经济大国,这个社会的基本问题未得到解决是不应该的,因为这是涉及国计民生的大事。当前,我国已经意识到了医疗改革中最重要的问题是如何使公民享受到基本的医疗保障。

第一节　医疗纠纷案件的社会深层原因

医疗纠纷的所有问题根源于社会的管理制度,表现在社会结构的功能治理上,即社会结构在功能运行和治理思想上的种种问题。社会是一个有机体,犹如人体的构造,包括心脏、肝脏、肾脏、肺脏和胃等。每一个器官对构成健康的人体都必不可少,每一个器官的功能都与其他器官的功能不同,每一个器官功能的运行都离不开其他器官的功能。一个器官出了问题,整个人体都会受到影响。医疗机构就是构成国家的一个重要器官,它

具有修复国家的基本单位“细胞”（社会成员）的功用，它的运行需要类似于血液的资金供给。司法机构类似于肝脏，具有过滤毒素和免疫的功能。我国的医疗机构在功能建设上处于不完善的状况，医疗纠纷案件在审判中的“解毒”也存在突出的问题。

一、社会结构的功能缺陷是导致医疗制度偏离“航线”的根源

在社会结构方面，我们缺乏对社会结构功能的正确认识和构建。纵观人类社会医疗体制的出现和发展，是社会文明发展的自然结果。随着人类对自然认识的深化，人类社会出现了分工，使得医疗体制具有社会疗伤功用，成为人类社会的独立组成部分。它的出现源于人类对减少疾病伤害所造成的痛苦的愿望。医疗机构在出现之初便具备了治疗身体和精神痛苦的社会功能，而且无论贫贱与富贵，人人都应当能够享受救助。这是医德高于其他从业者道德的深层原因。这也是美国把医护人员对待患者的态度和患者对医护人员的满意程度作为考核医护人员重要内容的原因。

我国现今医疗制度的问题主要表现为构建社会结构功能上的偏差或者缺失。改革开放之后，旧有的社会保障制度，包括医疗保障制度，几乎完全被打碎了。从住房保障制度到医疗保障制度，逐渐由国家承担费用转为主要由个人承担，以至于贫困者陷入了困境。20 世纪 80 年代社会制度改革之初，完好的社会医疗保障体制被当作计划经济的象征予以废除，制度制定者认为公民在这种保障制度中缺乏从事经济活动的动力。至于这种保障制度被打破之后对促进经济的发展是否起到了实质的作用，无从考证。那些开办企业的先驱攫取了一桶又一桶的“黄金”，最初是否因为丧失了社会保障才从事经济活动？恐怕两者之间没有直接的因果关系，倒是贫富分化是激发人们从事经济活动的内驱力。目前我国的经济发展状况相比其他国家，已经达到了相当高的水平，建立完全的社会保障制度已经成为迫切的问题，国家正在逐步建立这个保障体制。那么，这究竟算不算是重复建设的行为？我们是否在改革的当时就应当保存那种制度并在今天加以完善？

二、社会管理功能的非正常运行是医疗制度不完善的根源

笔者认为，我国当前的社会管理制度尚有待完善，社会机构的各组成部分功能的协调运行也缺乏合理的机制，在经济学上表现为财富的不合理

配置。财富的正确流向表现为财富应当发挥最大的效用,而不至于造成浪费。这种不完善的管理制度阻碍了财富的合理配置,国家财富的聚集(税收)和分配(社会公用费用),尤其是分配是不透明的。公民不知道哪些财富得到了合理的使用,哪些因为其他未知的种种原因而未能发挥社会功效。这是经济未能良性循环发展的原因。一边是石油巨头叫嚣面临亏损的压力,继而频繁涨价;另一边是世界上最贵的汽油、柴油,外加不能呼吸的空气,被污染的食品、水源,最终必然转化为医疗保障制度的超级成本,国家管理的作用表现在哪里?

我国的经济化思潮在不健全的社会管理制度中波及医疗制度的改革,与医疗体制的固有功用建设发生碰撞,并"击碎"了后者。经济改革不应视医疗单位为纯粹或者大部分意义上的经济实体,而我国的改革显示了它"一刀切"的特点。在经济改革之初,对于医疗体制所进行的一系列改革显然是失败大于成功。实践证明,改革之前医疗体制应有的社会功用远远优于改革之后医疗体制的社会功用。尽管现代中国医疗水平的迅速发展是由于经济改革所带来的,但并不能说明牺牲医疗体制原有的社会功用是应当的。这就犹如我们发展了经济,却毁坏了生存环境一样。如果当初没有破坏原有的医疗体制构造,经济发展所带来的税收完全可以带动医疗水平的发展。

三、行政色彩的司法制度不能适用于医疗纠纷的审判制度

我国的司法体制和功用源于前苏联时期的思想和模式。按照国家管理的本质含义,司法体制应当是具有矫正社会不良行为功用的组织结构。但是,在新中国成立之后,却赋予司法体制浓厚的行政色彩,即过去所称的"专政的国家机器"。在这种前提下,难以说它是贴近民众的服务机构,更多地则有使民众敬畏和服从的含义。在这种状况下,公民的权利很难得到尊重并得到同等待遇。当前,司法机关尽管在功能上基本上可以说是社会服务机构,但是传统的行政色彩并没有完全丧失,公民的权利无法抗衡行政的力量。公民在某些时候或者某些方面还会强烈感觉到它的存在。在患者与公立医院尤其是军队医院的医疗纠纷审判活动中,这种感觉尤为强烈。虽然这在意识上并不一定是对问题根源的认识,但至少是感受到这种根源所带来的不公正。

司法独立是公正审判案件,包括医疗纠纷案件的重要前提条件。共产

党强调党领导一切,是因为党的领导可以确保实施政府职能时,在意识形态上不会发生偏差。在此意义上,党政不能分开。但是,党的领导功用在发挥作用的过程中,不免会化身为个人的行为和语言,而个人并不总能正确理解党的功用的真实含义。更不要说,道德败坏的人有可能借党的名义实施违法犯罪行为。当这种现象严重时,法院审判就无法做到真正独立。法院无法独立地进行司法审判,就不能独立、公平地审理医疗纠纷。疾患方为确保自己的权益得到保障,或者出于对不公平现象的愤怒,不惜采取医闹、暴力等手段。这样损害的不仅仅是医院和法庭的秩序,更是社会的秩序。

四、文化观念上缺乏道德约束,导致医务人员的职业信念缺失

国家管理不仅要依赖制度,还应当使用精神的力量,在精神和思想上约束社会成员尤其是医疗行业的从业者,对于不良的行为则交由司法制度调整。在西方国家,有诚信制度和宗教约束人的思想。在现时的中国,旧的传统思想如忠、孝、礼、义、信已被废除,新的民间思想规范还没有建立。精神是人的一大需求,每一个人都需要有精神的支撑和抚慰,以获得内心的平静。思想决定行为,违法犯罪行为,包括贪污受贿行为,都是因为思想上没有道德规范。司法制度中的法官与医疗机构中的医护人员同样如此。笔者认为,对医疗机构和司法机构的工作人员经常进行道德教育,并坚持不懈形成传统是极为重要的。

第二节　深层社会问题在医疗纠纷案件中的体现

医院是人生病要去的地方。如果医院成了牟取暴利的屠宰场,医生将患者作为动物看待,这不是人类社会应有的状况。综合笔者所遇到的医疗纠纷案件,常见的纠纷问题多种多样。

一、利益为本导致医疗侵权行为成为不可避免的现象

我国的医疗单位往往以经济效益作为考核医护人员的重要内容,医生为本单位所带来的效益关系到本人收入的多少。医院的侵权行为多数是由利益驱动所导致的,其性质甚至是恶劣的。因为患者对医疗知识一无所知,医疗单位的侵权行为更容易达到其所期望的目的。医疗单位的侵权行

为主要表现为以下几种情况：

1. 使用假药或低效药做无谓的治疗

医院在药品采购环节为降低成本，或者主管药品采购的业务员接受了贿赂，有可能购入无效、低效甚至有毒副作用的药品。患者使用后，或者延误病情，或者导致人身伤害。例如，私立性病医院为了获取高额利益，确保患者持续就诊，通过使用低效药品或者减少药物剂量，故意在医疗效果上做手脚，让患者感觉有疗效，不敢中断治疗。但是，医院短期内绝不会使患者痊愈，直到把其榨取到无利可图为止。患者为保守隐私，通常放弃追究医疗单位的责任，多少有点“吃哑巴亏”的味道。

2. 使用高价新药

医院为赚取高额利润，竭力建议患者使用高价新药，一句“这样治疗效果更好”使得患者不得不信。由此产生的常见纠纷有：(1) 发生巨额药费，在药物收费是否合理的问题上产生纠纷。目前，在上海的医院，治疗常见的感冒，通常要花费一二百元的医药费。除此之外，医生还经常向病人推荐免疫针剂的使用，增加患者的额外支出。如急性咽喉炎，医生通常开给患者的为名称陌生、成分不变的“新药”，价格少者20元，多至数百元不等，还有价格不菲的中成药；此外还建议输液，加入大量的抗生素和免疫制剂等。该病人实际上也许只需购买一盒喉症丸，十几元的费用便可治愈，而不是在医院“花钱买罪受”。如此的小病大治现象司空见惯，怎奈病人又不是医生，哪里懂得从头到脚的所有疾病？不听医生的，又听谁的？病人到最后发现小疾病居然花掉如此多的钱，而效果并不是想象的那样好，当然就不高兴了，找医院理论是很正常的。然而，绝大多数的患者选择了“吃哑巴亏”，认为多一事不如少一事，要获得退费，付出的成本可能远超退得的医疗费。更何况在大部分的费用由医保账户支付的情况下，病人就更不愿意“买罪受”了。我国法律不支持惩罚性的赔偿，精神伤害赔偿一般只有在身体残疾构成等级时，才有精神抚慰金，更不会支持病人为诉讼所付出的交通和误工费用。(2) 用高价新药致人体伤害，因伤害事件产生纠纷。实际上，新药对人体的作用机理常常是不确定的，甚至是试验性的。那么，医生为什么喜欢使用？因为病人可能知道旧药的价格，医院无法抬高价格，而新药的价格病人不了解，利润高，所以成了盈利的工具。如果用了新药，没有副作用也不会有什么问题，可偏偏有时候并不遂人所愿，产生了伤亡事件，患者或者亲属当然不愿善罢甘休。

3. 使用没有疗效的治疗仪赚取非法利益

有些医院购置了一些有理疗作用的仪器,收取高额设备使用费,与患者在治疗费是否合理的问题上产生纠纷。曾有患者治疗妇科炎症,在一家私立医院用掉四万多元,其中大多数的收费显示为一种微波消炎的理疗仪器的使用费。就是收取了如此之多的费用,医院也没有把患者“医好”。患者换了一家公立医院,花了两百多元就治愈了炎症。笔者以朋友身份与治疗方交涉,对方医务室的负责人理直气壮地说:“比如说一个人吃五个馒头可以吃饱,在我们这里吃了四个,在另外一个地方吃了一个吃饱了,你说我们有什么责任?”笔者问及如何证明患者在他们那里吃了四个馒头,在另外一家医院只吃了一个馒头,对方哑口无言。当患者提出要将此事向媒体公开时,对方立即承诺退还80%的费用。

4. 进行不必要的治疗和手术

医疗制度缺乏服务方面的明确规定。患者没有要求被告知实情的权利,没有自由选择的权利,得到的仅仅是误导。病人只有接受手术,才能产生巨额的手术费、医药费、护理费、住院费等。有些疾病是否进行手术对于治疗结果并没有影响。扁桃体发炎并不一定要切除扁桃体,颈椎病并不一定因放入颈椎夹而改善病情,肿瘤病患者并不一定因实施切除手术就可实现寿命的延长。如果医生告诉患者或患者家属手术是没有意义的,甚至是有害的,没有一个人会让手术刀剖开自己的身体。当然,我们也不应该设想医生会故意伤害患者的身体。问题的关键在于,当被告知个人收入与医院创收相联系时,有些医生的道德就会产生问题。应当有医疗规范规定:医护人员若没有告知患者或患者家属医疗及收费的真实情况,应当承担不利后果。

笔者曾经援助过一名老妇人的医疗纠纷诉讼,老妇人的女儿胰腺部位长出了肿瘤,于诉讼前两年实施过切除术,因肿瘤复发,到某市三级甲等医院医治。该医院的医生还是决定采用手术疗法,然而在手术台上当患者的腹腔被打开时,却发现有几个肿瘤,而且该部位血管丛生。医生草草切除了一个大的肿瘤和长达2.9米的肠子,然后满手鲜血地出来会见患者的母亲,说是情况危急,让母亲签字同意中途放弃手术。惊慌失措的母亲无路可走,何况女儿腹腔被打开还躺在手术台上,只好在医生准备好的放弃治疗自愿书上签了字。之后,医生立即返回手术台,把腹腔缝合起来。然而,患者离开医院之后每况愈下,返回检查时被发现腹腔渗血,又被送入手术

室打开腹腔止血。经这番折腾,年轻的生命很快就离开了人世,在弥留之际遭受了病痛加手术的折磨,留给母亲的是近三十万的债务和中年丧女之痛。这样事前没有充分了解病情,事后又不负责任的事件并非个例。

5. 小病当作大病医

病人受伤风感冒之累,到医院求助医生缓解症状,有些医生除了开出药方之外,还要开出几张化验单,以验证究竟是病毒感染还是细菌感染,或者两者皆有之。事实上,每到天气变化,很多病人的病情是一样的,医生根据症状完全知道是怎么回事,完全没有必要让病人受折磨。更有甚者,有的医生对感冒的医治根本不感兴趣,而是给病人诊断出其他的"严重疾病",并且描述情况如何严重,诱导病人产生恐惧心理,接受其建议,去做CT、血检、尿检等系列检查和化验。

6. 精神伤害

无论是何种纠纷,受害的往往是患者方,不是经济上被掠夺,就是身体上受到伤害,甚至死亡。精神上的伤害表现为:被忽视,被侮辱,被歧视。

曾经有一家单位的女职工"享受"本单位的职工福利,到所在市的第一妇幼保健院做妇科体检,在做 B 超时,因对医生的态度和野蛮动作不满而提出批评,结果报告单上被赫然写上了"子宫肌瘤 1cm—1.5cm"。专家都明白这么小的肿瘤可以成为医生视觉出错的理由,而不负"误诊"的医疗责任。之所以这样做,就是故意让批评者产生身体患病的精神压力。这种明显的报复和恶作剧的行为有违医德,简直到了让人难以容忍的地步。

医院里明显的不平等待遇也是患者遭受精神伤害的原因。一些医院将病房当作五星级酒店经营,有钱人住院时可以住单间的豪华独用病房,而没钱的病人甚至可能要躺在楼道里的临时病床上。医院借此实现盈利的最大化。

很多的医疗纠纷往往不是因为医院的医疗水平引起的,而是因为医院和医生的态度导致患者方不满而引发的。

实际上,如果医院是一个营利单位,道德风险永远是不可避免的。当前的社会保障制度正在完善,应该说巨额的社会保障基金完全可以支撑所有医院的生存。问题在于,社会保障基金的管理存在很大的问题,揭露的和未揭露的挪用和贪污事件使得社会保障制度难以正常运行。作为一名百姓,每月以其名义缴付了社会保障费用之后,还要承担相当比例的医疗费,让人难以理解。

二、医疗单位不可避免发生的医疗事故

医生的职业像任何其他职业一样，都会有无法避免的意外事故发生。一名医生所做的每一件与医疗有关的事情不可能都是没有纰漏的。比如，医生个人遭受重大的心理创伤，或者处于其他的非正常状态，就有可能无法专注于工作，将纱布留在腹腔内，或者手术刀切错了地方，或者没有对病人采取正确的处理措施而发生意外等。完全杜绝这类事情的发生也是不可能的。

无疑，责任心是避免医疗纠纷的重要因素。责任心产生的必要条件是责任人享有充分的职业保障条件：稳定的收入来源、健全的身心条件等。国家的医疗保障制度得以有效行使的关键因素是：国家应当保障医疗基金的专款专用，保障医院有足够的经费来源可以运行。在这样的前提条件下，国家才具备完善的规范管理医护从业者的条件。因此，可以规定：如果医疗机构对医疗事故不予申报或不如实申报，当事医生和管理者将受到重罚；对于如实申报医疗事故的医疗单位和个人，国家应当免除其行政和刑事处罚，同时不能作为一个否定医院和医务人员工作的条件。国家的管理制度是最重要的，制度上存在问题是医疗纠纷扩大化、影响社会安定的根源。

三、掩盖医疗事故的行为突出

医患双方在发生纠纷时，医院方为避免高额赔偿，通常想尽各种办法掩盖事实真相；只要在法庭上无法证明其医疗行为构成事故，医疗单位就可以免责。这种掩盖事实的行为常常不会导致对医院方不利的后果。

笔者在代理医疗纠纷案件的从业经历中，有医疗单位庭下承认：在医患纠纷中，没有一家单位不修改病历。笔者曾代理一个医疗纠纷案件，病人宋某因为呕血到某三级甲等医院治疗，被安排在门诊治疗，三天之后突然死亡。病人家属由于传统的思想观念，拒绝尸体解剖，所以无法得知明确的死亡原因。病人家属向医院方提出质疑。医院方也说不出确切的死亡原因，只是说可能是由于心肌梗死、脑梗死，也可能是由于长期的肝炎病史导致肝硬化，门脉压升高导致血管破裂，大出血而死亡。医院方还在封存病历之前伪造病例，将现病史中的一张血象化验显示异常的化验报告内容写入了既往病史，企图制造患者有长期的肝炎病史的证据。医院方在将该化验单据复印给患者方时，故意对化验单的日期进行了遮盖。

医院方在与患者方发生纠纷时，一般的处理程序是：若患者方同意，由医院方的医疗事故管理部门进行鉴定；若患者方不同意这样做或者对处理结果不服，由患者方向法院提起诉讼。一旦纠纷发生，医院方应患者方的要求，需封存病历。实际上，在患者方提出封存病历时，一些医院方会找出种种借口，譬如“主管医生不在，病历保管在他那里”，“我们需要时间把病历整理出来”，“今天太晚了，来不及复印了，明天再来吧”等。总之，医院方这样做，为自己争取时间伪造或修改病历。

案件进入法院之后，医院常常会通过各种关系联系医学会，以争取有利于自己的鉴定结果。医学会名册里的专家来自于各大医院，与医院往往有着千丝万缕的联系。对于患者方来讲，却无法了解这些潜在的关系。一些地方法规规定，在医患发生纠纷后，必须由本地的医学会进行鉴定。这种制度本身就是建立在不公正的基础之上的。

“伪造病历承担全部责任”的法律规定在司法实践中常常得不到有效实施。例如，医疗单位所提交的病历上如果有文字内容添加、涂改、主治医师或者护士的非本人签名等现象，医院方总会找出种种似乎合乎逻辑的理由，诸如“由于当时的笔误，所以事后改写或添加”，“由于主治医师和护士在他人书写病历时不在场，所以由其他人代为签名”等。这种在逻辑上讲不通的东西，在法庭上却可以成为合法的理由。有些法官面对这种现象不作任何裁定，而是将这些千疮百孔的纸质材料一股脑抛给医学会去处理。医学会接到这些材料，将其作为经过质证确认的证据对待。这种状况最终将使法律所规定的“伪造病历承担全部责任”完全失效。即使有充分的证据证明医疗单位伪造病历，其所承担的责任通常也是轻微的，甚至不承担任何责任。因此，医院对在医疗纠纷中的造假很多时候是免责的。

第三节　当前医疗纠纷案件审判中存在的问题

医疗纠纷案件在审判中存在诸多问题，患者方普遍处于劣势地位，不但得不到赔偿，很可能还要赔上诉讼费、交通费、亲属的误工费等。有的患者方为了在法律上求取公道，从地方到中央不断上访，以至倾家荡产。不怕事实不公正，就怕裁判说假话，这是公民进入法院的主要心理状态。

审判中存在的问题多种多样，主要有审判思想、审判程序和事实认定等方面。

一、医疗事故案件中的审判思想

不同的医疗单位在法院和法官的眼里地位不同,受到保护的倾向也不同。国家事业单位性质的医院在无形中受到更多的保护。在医疗事故赔偿制度正式出台之后,个人逐渐从赔偿中“尝到甜头”,越来越敢于向医院索要高额赔偿,在个别人身上甚至表现出极端的现象。国家对公立医疗单位承担的义务越来越少,发生医疗纠纷时,也不得不采取某些保护措施以保护医疗单位的利益。现时的法院的行政色彩仍然浓厚,其行为不得不考虑行政机构的需要。不仅如此,法院的重要职能之一是平衡社会利益,而立法往往不能基于现实的需要,不是超前就是滞后。如果法院严格按照现实的医疗事故的众多规范保护患者方的利益,医疗单位的生存就会受到严重影响。从经济学的原理角度讨论,法院必须通过判决引导利益之间的平衡,从而不过分地损害任何一方的利益。这是经济学上的理想状态,实际上在具体的实践操作上问题很多。有些法官由于受到患者方的逼迫,所以更愿意将这种不公正的风险转嫁到医学会的头上。相对于公立医院,私立医院由于在从事医疗活动时营利目的更强,引发的问题更多。法院在患者与私立医院的医疗纠纷案件中往往是能够做到公正的,也有保护患者利益的倾向,试图在公众中改善自己在患者与公立医院的医疗纠纷案件中的不公正形象。医学会对私立医院的医疗事故认定也毫不姑息。

二、法院审判在程序方面所存在的问题

医疗事故案件的诉讼不公正的渊源在于医患双方的信息不对称。医疗单位在专业知识和信息的掌握上居绝对的优势地位,而患者方往往对此一无所知。一项专业治疗,比如发现患者患有恶性肿瘤,是切除还是保守治疗,不同的专家有不同的解释,很难作恰当的认定。程序,包括医疗程序和审判程序,往往成为患者方能否得到赔偿的关键。医疗程序和审判程序是否合法,只有为数不多的专业律师能够很好地了解,而实践中绝大多数的患者不能够寻求到专业律师的帮助。原因有两方面:一方面,专业律师收费较高,经济拮据的患者没有能力承担律师费用;另一方面,患者方没有意识到专业律师的重要性,不愿支付较高的律师费用。在很多患者及其家人的心目中,律师是一样的,都是无所不知的。实践中,有相当大的比例属于非专业的律师代理专业的医疗纠纷诉讼。

1. 证据交换方面的问题

证据交换是指原、被告双方在法庭上面对法官相互交换所持有的证据。在医疗纠纷案件中，笔者发现存在这样一种现象：当法官将双方共同封存的病历向原告（即患者方）出示时，被告代理人会突然提出："主观病历只能在法庭上给原告阅读，不能复印给原告。"法官有时对被告代理人的主张不置可否，如果原告认为法官不表态的态度印证了被告代理人的主张有法律依据，便不会再索要主观病历的复印件。法官和医疗单位之间"默契配合"，就使得患者方丧失了发现问题的机会。实际上，证据伪造主要存在于主观病历上。主观病历容易修改，比如在病历上添加内容、涂改日期、重新书写或伪造主治医师的签名等。在法庭上阅读主观病历，患者方的思想会受到各方面因素的影响，注意力无法集中，没有足够的时间研究这些证据是否存在问题。只有专业的代理人或者少数对法官缺乏信任的患者方当事人才会对医疗单位代理人不能复印病历的主张提出反对意见，法官也才会要求提供复印件给患者方。

医疗纠纷案件的患者方当事人只有得到专业律师提供法律服务，才具备公平审判的前提条件，否则这场较量就像是重量级悬殊的拳击比赛。在我国，一般的民事案件的律师费用最多是几千元，医疗纠纷案件的律师费用一般是二万元，这使得付得起一般案件的律师费用的当事人无法承担医疗纠纷案件的律师费用。法律援助通常是不会对不同的案件加以区别的。这也是导致绝大多数患者得不到法律援助的重要原因。因此，法院聘用专业律师作为公职律师具有重要的现实意义。

2. 关于医疗案件证据保全

国家应当有关于医疗纠纷案件证据的有效性的详细规定。当前医疗纠纷案件发生时，由于证据资料（除了门诊病历）全部掌握在医疗单位的手中，有的医疗单位如私立医院、美容整形医院以及口腔医院，甚至连门诊病历都不允许接受治疗者带出医院。在这种情况下，一旦发生患者（或接受医疗服务者）所认为的医疗事故，患者（或接受医疗服务者）手中一无所有。对这种情况，暂无任何法律、行政法规加以规范。

(1) 医疗纠纷案件的证据范围

医疗纠纷案件的证据包括主观证据、客观证据和实物证据。主观证据包括主治医师对主诉的记载、诊断、查房记录、医嘱、处置、病案讨论记录、会诊记录、手术过程记录等。客观病理包括影像仪器所产生的图表、数据

和图像等,如血象化验单、尿检化验单、B超图像和记录、X光透视胶片等。实物证据包括人体的切除部分,包括切除的器官、肿瘤和病理切片等。

(2) 现实中证据保全的局限性

当前的证据保全法律规定仅限于:医患双方发生纠纷时,医疗单位应患者方的要求,及时封存病历资料。这种规定在实质上已经为医疗单位留下了做伪证的机会。“及时”是什么样的时间概念?是否一旦被要求便立即将病历封存?如果医疗单位没有做到及时封存病历,而是在种种貌似合理的理由下拖延时间,要承担什么法律责任?该项法律规定实际上起不到应有的证据保全作用。

(3) 关于医疗纠纷案件的举证倒置

有关医疗纠纷案件的法律和行政法关于医疗纠纷案件举证倒置问题的规定,有时在法律实践中形同虚设,也不具有可操作性。如果病人在医院的治疗中突然死亡,家属拒绝解剖,那么如何实施举证倒置?由于医疗问题属于专业问题,由医疗单位对其是否构成医疗事故承担举证责任,并对举证不能承担不利后果。试想,谁会愿意证明自己有责任?又有谁愿意证明举证不能?举证是能还是不能完全取决于医学会。因为在法庭上,包括法官在内,很少有人完全懂得专业的医疗知识。如果医学会找出各种医学上的理由证明医疗单位不构成医疗事故,就意味着医疗单位没有举证不能。因此,医学会在举证倒置能否有效实施方面起着至关重要的作用。

三、医疗纠纷案件审判的改革方向

1. 对医疗单位伪造证据的行为应当制定明确的法律规定

法律法规应当对医疗单位伪造证据的具体行为作出明确规定。例如,病历资料的制作责任人应当向患者方进行自我介绍,如需修改病例,必须在治疗期间向患者方明示,并由患者方确认。笔者认为,证据资料是以文书的形式存在的,应当做到一式两份,患者方和医疗单位均对之进行确认,各执一份。证据资料应当记载实物的名称,人体组织切除的部位、大小、病理检验所见及结论,实物证据的编号和存放地点等,其内容由医护责任人和患者方共同确认,一式两份,双方各执一份。这些提议对于医疗单位可能近乎苛刻,笔者认为这样做有以下几方面的作用:一是可以促使医疗单位更加人性化,改进工作质量,避免依赖不正当的方法逃避责任;二是可以对照医患双方的病历资料,澄清医疗单位究竟有无伪造、修改病历的情况

存在;三是可以取得患者方的谅解,同时可以加强医疗单位及其执业者的责任心。一旦双方发生纠纷,即有据可查。患者方和法官会谅解这样的情况:医护人员在医疗过程中极尽谨慎义务,但仍然有发生事故和差错的情况发生。因为医疗的问题极为复杂,医学并没有发展到无所不能的程度,更何况每一个病人的个体情况存在较大差异。笔者在代理的医疗纠纷案件中发现,患者方之所以在对医学知识一无所知、明知自己败诉的可能性较大的情况下,仍愤然诉诸法律,是出于对医疗单位不负责任的态度和缺乏尊重的愤恨。医疗单位之所以愿意通过法律途径解决纠纷,一是因为可以避免患者的纠缠、过高的赔偿要求,二是因为可以寻求法院和医学会的庇护。所以,对证据的严格规定对于规范医疗单位的行为和消除患者误解具有重要的作用。

医疗单位的责任人破坏病历资料的真实性,如修改、添加病历内容,销毁病历资料,包括纸质材料、电子文档、被切除的人体组织等,应当承担伪证罪的刑事责任和被吊销执业证、禁业处罚的行政责任。

法律法规还应当对病历资料的制作、管理以及档案管理制订完整的、严格的程序。病历资料在纠纷发生时为证据资料,如果责任人在病历资料的产生、移交和管理中违反程序规定,这些资料将被视为无效证据。

2. 对出庭人员的要求

在医疗纠纷案件的审理中,医疗单位往往派一名律师出庭,履行医护责任的人员一概不出现。很多医疗事实往往由医患双方互相对质才能查清。患者方在法庭上发现对自己进行医治的医生不出现,只能够面对对案件事实毫不知情的律师,往往有被欺骗的感觉。因此,法律应当明确规定,当事的医护人员一定要出庭;否则,应认定为属于拒绝举证的行为,承担拒绝举证的不利法律后果。

3. 健全法律援助制度

健全的当事人主义的审判制度是建立在完善的法律保障的基础上的。凡实施当事人主义的审判制度的国家,都是与健全的法律援助制度相并存的。在本质上,如果当事人在法律上不能够得到相当程度的法律帮助,当事人主义的审判制度是缺乏实质的基础的。许多平民既不懂法律,也没有能力支付高昂的律师费用,在法庭上也就不知道该提交什么证据,该如何提交证据,该提出什么样的法律申请。在当前的医疗纠纷案件中,常常发生这样的事情:患者方在二审的时候才发现,原来一审的病历资料有伪造

的现象,因此提出司法鉴定申请。但是,法律规定鉴定申请应当在一审法院审判中提出。因此,这种申请是得不到允许的。这样,当事人失去了所有的机会。

四、医学会在医疗纠纷案件审判中的责任

法律应当对证据的有效性作出明确的规定,以消除法律规定的空白以及法律运用中的任意性或者不确定性。

1. 明确伪造证据资料由谁承担责任

在当前的司法实践中,法院和医学会在证据有效性的认定上存在互相推脱的现象。即便是病历材料经过鉴定,责任医务人员的签名系非本人笔迹,记录的内容有添加和涂改的现象,法官也不认为该病历资料是无效的,而是交由医学会处理。如果医学会作出"病历资料不真实,无法鉴定"的认定,那么法官才会认为这些证据是伪造的。通常,医学会不会对证据的有效性作出认定。如果医学会不负责任,认为既然法院将这些病历资料送来做鉴定,必然是法院已经认可了的、法庭上已经质证过的有效证据,那么依据这样的鉴定材料得出的鉴定结果可想而知。

因此,笔者认为,谁来认定病历资料的真伪,应当在最大限度上由法律作出明确的规定。如病历资料,包括生化仪器检验报告资料、声像仪表所产生的影像或图表,均有处置医生和主检医生签字确认;如果未经医护责任人亲笔签名确认,一概视为无效证据;病历中涂改的内容未经患者方确认且导致无法辨认的病历部分,视为无效证据;病历中添加的内容未经患者方认可的,也应视为无效的证据部分。确认和剔除无效证据的责任由法官承担。对于专业的内容,如病历资料是否完整,即医疗单位有无隐匿病历材料的情况发生,以及法院剔除无效的证据部分之后,病历资料是否具备鉴定条件,其认定的责任由医学会承担。

2. 医学会认定医疗事故责任的规定

医学会在确认医疗单位构成医疗事故之后,常常会对医疗单位应当承担的责任部分进行认定。即便是医疗机构构成完全的医疗事故,医学会通常也不会作出医疗机构承担完全责任的裁决,而是作出承担主要责任、次要责任和轻微责任的认定。如果患者进入医院时有突发严重疾病或者是严重外伤,则应当承担相应责任。但是,医学会这项职能常常被滥用,以维护医疗机构的利益。由医学会对责任的大小作出认定,类似于交警人员对

交通事故双方责任作出认定,在某种程度上带有行政行为的色彩。三十多年前,医疗单位有行政机关的性质,如果发生了医疗事故,患者不会提出异议,医疗机构也不会作出赔偿,一切都顺理成章。这种遗留下来的影响还未完全消除。医学会在某些特殊的案件中适用责任减轻的情况认定,应当依据严格的鉴定标准。同样的病,个人身体状况不同,会向不同的方向发展。病人在危重情况下会不会死亡、致残,死亡或致残的结果与医治行为有无关系,是医学会鉴定工作的盲点。患者方常常对此不能谅解,认为医学会在故意偏袒医疗机构。

3. 规范医学会鉴定人员的行为规范

医学会的成员来自各知名医院。至少有一点是明确的,他们与当事医院的领导或工作人员是同行,有的还属于同学或朋友关系。中国人往往无法做到将工作和生活完全分开,在工作中难以消除友情、亲情的影响。

那么,应如何规范医学会司法鉴定人员的行为?笔者认为,还是要从法律规范上着手。在鉴定人员的资格认证上,要对候选人的行为进行考证评价,挑选那些行为规范、敬业、不受感情和利益影响的人作为专家组成员;建立鉴定人员的鉴定工作信息数据库,定时考察,对那些经常出具较大程度偏离正常情况的鉴定结论的人员应及时更换;提高鉴定收费及鉴定人的鉴定劳务费,以增强其责任心;针对个人的鉴定申请,应当根据申请人的经济状况予以减少;鉴定人故意出具错误的鉴定结论,歪曲事实,不但要承当伪证罪的刑事责任,而且专家的资格、医疗执业资格等应一并被吊销。

关于医学会的鉴定行为,笔者认为,应当从法律层面上淡化法人行为,强化个人行为。在本质上,医疗事故的鉴定是完全意义上的个人行为,而不是医学会的团体责任。如果强化法人责任,淡化个人责任,在出现责任问题之后,很难起到惩戒作用,因为法人是无法接受惩戒的。这就为鉴定人员逃避法律责任创造了有利的条件。

由于人情社会和上级领导的种种影响,医学会的行业保护潜规则与法律上明文规定的公正要求总是处于冲突之中,常常使得医学会成员无所适从,不知道怎样在保护医疗机构利益和患者利益之间进行平衡和取舍。这使得医学会及其成员背负了整个行业的责任,在医疗纠纷冲突中成为矛盾的焦点。这种社会现状不改变,无论制定多少完善的法律,都显得不太重要。

第四节　医疗纠纷案件的法律规定

如果说制度是医疗纠纷案件处理不公正的根源,利益则是医疗纠纷案件恶性化和处理不公正的直接原因。医疗机构需要资金以维持对社会公众提供持续的医疗服务,而想让法律成为医疗机构经济行为的外部导向,就需要从根本上完善社会医疗保障制度。

一、对医疗机构营利行为的规范

已有专家提出了大胆的改革设想:政府从一般税收和社会保险两个途径筹集医疗经费,有经济能力的个人向政府购买医疗保险,无经济能力的个人由国家提供医疗保险。医患双方不直接发生经济来往,由政府出面,按参保人数向医疗机构购买医疗服务,有别于依据患者人数、病患程度以及医疗项目的付费方式。这就决定了医疗机构只能靠固定的医保基金生存,对患者开具大处方、滥用高价药以及进行过度检查将无益于自己。如果医疗机构一味压缩成本而不顾治疗效果,会被患者投诉,无法通过政府的考核而丢失医保合同。医疗机构会在成本和效率中自动寻找平衡点。[①]笔者认为,这只是专家研究的课题中的愿望,该设想违背了调节经济单位行为的基本原理。经济学原理显示:经济单位的行为必须有法律指引,调节其行为。该设想无法解决这样的问题:如何按参保人数购买医疗服务?国家是否应该将不可能发生的费用支付给医疗机构,让其不劳而获?如果连法院都不能合理解决医疗纠纷案件,政府又有什么能力和精力处理医患纠纷?既然政府无法处理医患纠纷,又如何能够恰当地决定是持续还是终止同医疗机构之间的医保合同?笔者认为,还是应当由专门的保险机构运营医疗保险基金,从而和医疗机构依据患者所需要的费用进行结算,这样更切实可行。即患者所应当享受到的必要治疗,包括应当享受充分的医学检查、为减少治疗中的痛苦所产生的费用等,都应当由该保险机构支付。应当由医疗保险机构监督医疗单位的医疗行为,医疗单位必须按照医疗保险条例的规定从事对患者的治疗行为,因医疗单位的不当行为所产生的费用将由医疗单位自己承担,而不能向患者方收取任何额外费用。只有这

① 参见《医改007方案:看病不用直接付钱》,载《新闻晚报》2007年4月17日。

样，才能达到国家、医疗单位和患者利益的最大化。

以上是医疗制度层面上的探讨，那么在医疗纠纷的层面上应当如何通过制度上的规定使其更趋合理化？笔者认为，应当建立医疗事故的申报制度。一旦发生医疗事故，医疗单位应主动申报并启动赔偿程序，这样可以免于接受行政处罚。如果不自动申报，最终经过司法程序被确认为医疗事故，医疗单位及其责任医务人员将承担不利后果，承担行政责任甚至是刑事责任。

二、关于医疗保障基金的规定

必须有法律规定，医疗保障金只能用于公民的医疗费用开支，不能挪作他用。2006 年曝出的社保基金案件说明，国家在国民保障基金的管理上还存在严重问题。国家对这种公益性的保障基金并没有在法律上作出专门的规定，才会使一些责任人在没有法律约束的情况下做出危害社会的行为。

三、医务人员的执业管理

当前的情况是：如果医疗单位与患者方发生纠纷，医疗单位的伪证行为仅限于行政责任。刑法没有法人刑事责任构成伪证罪的法律规定，这使得医疗单位可以肆无忌惮地实施伪证、掩盖医疗真实情况的行为。因此，笔者认为，法律有必要作出有关规定，强化医疗单位中个人行为的法律责任。即如果医疗单位有违法行为，责任人、行为实施者、参与者，根据其行为的性质，将承担伪证罪的刑事责任、连带赔偿的民事责任，以及被吊销执业证或者终生不得从事相同职业的行政处罚。同时，应实施医疗事故的申报制度，做到如实申报，即免去医疗单位和责任医务人员的刑事责任和行政责任。

医疗纠纷是一个涉及面广泛的社会问题，关系着公民的切身利益，是当今社会中刺伤民众心灵的主要社会问题之一。解决这个问题是当今时代的急迫要求。笔者认为，需要从有关医疗纠纷的法律制度上，包括法院的审判制度、医疗单位的行政管理上，以及医疗单位及其从医者的社会责任上，进行全方位的改革，这样才能减少医疗纠纷的发生，减少社会关系的摩擦，消除不良社会现象对民众的伤害和对民众正常生活的影响。

第十五章　声像资料的鉴定实务

声像资料是指以录音、录像等方式录制并存储在实物介质中，并需要借助专门的播放工具再现声音和动态画面的物证。例如，录音带、录像带、光盘、软盘、硬盘、存储卡，具有存储功能的优盘、录音笔，以及具有录音功能的手机等。如果照片的检验也是针对数字化信息的检验，诸如照片是否经过合成、照片的清晰化处理、照片的背景确认等检验，那么也可以归入这个检验种类。这些存储在介质中的声音和图像信息的实物载体，我们不妨称之为“媒体物证”。

声像资料物证的检验所依据的是一个复杂的原理体系。嗓音涉及发声原理、人的生理解剖结构原理以及神经生物学上的理论。图像资料涉及与图像的生成有关的光学原理、图像的数字化处理、图像特征的比对等众多学科的科学理论。

第一节　嗓音鉴定的实务

嗓音检验依据的原理有诸多方面。说话者的发声原理、发声结果受诸多因素的影响，主要有胸腔、腹腔、喉部声带、鼻腔、口腔、肌肉等诸多生理构造和机能。同时，发声也受到心理和生理的影响，甚至可以根据声音的状况判断体格的健康程度。另外，声音在检验中会受到语音录制、播放和声音分析仪器的影响而发生变化。

一、嗓音的证据属性

嗓音和书写习惯、运动习惯以及其他关于人的习惯类证据为同一类别，同为人的生理习惯。这类习惯有个共同的特点，表现为稳定的特征。例如，每个稳定的、个性化的书写形式代表了一种书写动作的生理习惯，一种稳定的单音节嗓音图谱表示了一种人的发声习惯。习惯类证据存在于人的生理系统中，表现为神经系统的动力定型。既然是一种动力定型，其

稳定性显然是存在的，如果检验的方法适当，无疑可以成为法庭证据，至少可以与其他证据产生协同证明的作用。同时，习惯类证据是多个人体组织和器官协同作用的结果。例如，书写活动由大脑的阅读中枢、书写中枢、语言中枢等指挥，加上肢体的运动、肢体的生理状态(健康或非健康状态)等多种机能的协同作用，最终表现为文字的书写形态。人在发声时，同样受大脑运动中枢、语言中枢等中枢神经的指挥作用的影响，有喉部、胸部、腹部的肌肉协同作用，还受声带、胸腔、腹腔、口腔的影响。生理条件同样影响声音的效果。发声习惯也存在于人的生理系统中，并表现为大脑中枢的动力定型。正是因为习惯类物证的多因素影响，所以其特征表现为：笔迹或者声音在稳定程度上远不及痕迹物证。所以，在检验这类证据的经验方面，对检验人员的要求更高，需要检验人员对人的生理活动和习惯特征有非常灵敏的把握，同时也要求检验人员对证据有审慎的态度。这类证据往往是众多的习惯体系，每个习惯都有相应的特征表现，或者一个习惯是多个特征的共同表现。然而，对这类证据的特征难以精确分类。如果一项物证的特征分类问题没有解决，在法庭上准确论述、论证也是一项艰难的工作。同时，物证的特征分类问题没有解决也给准确描述特征的变化带来困难，所以也难以解决个人特征的不稳定性、人与人之间的区别性的界限问题。

二、嗓音特征的种类

笔者对笔迹中的两百多个特征及其出现几率进行了统计和分类。嗓音的特征分类表现得极为简单，目前有以下几个大类别上的分类：(1) 说话者的声源及基频。它决定了说话者的语音基调，如男性、女性以及老年、成年、少年和儿童的区别。这是因为，每个人的生理状况、健康状况不同，不同年龄的生理状况也在发生变化，形成了人的声高模式。男性由于声带厚且长，声频较低，声音低沉、稳健、浑厚；女性声音频率较高，声音细而清晰。儿童声音稚嫩；老年人声音缓慢、颤抖并有拖音。这类似于笔迹的基调，男性的笔迹苍劲，女性的笔迹柔弱，儿童的笔迹幼稚多变，老年人的笔迹抖动。(2) 音调。人的积极发音器官舌和唇的动作方式各不相同，所以出现个性化的音调。音调的不同是人们能够敏感辨别的特征。这类似于笔迹中特殊的肢体运动所导致的书写动作特点，代表了书写人的个性化，如字的单个笔画的形态特征、笔画的连接转折环绕特征、笔画间的关系特

征、单个笔画的笔画压力特征等个性化的细微笔迹特征。(3) 综合语音品质。人体是一个发声体,就像乐器一样,由发声装置和共振腔组成。对于人这个发声体,发声装置是类似于声门的声带,胸腔、口腔、腹腔等为共振腔。每个发声体的构造不同,声音的综合品质就不同。这个特征类似于笔迹的概貌特征,是由所有参与发声的运动器官的综合情况所决定的。(4) 韵律。这是指嗓音的语速和流畅程度。每个人的语速快慢不同,说话的流利程度也不同。“语音的流畅程度”与“语速”是两个概念。有的人语速快而流畅,有的人语速快却不流畅,快中有滞塞或者停顿。有的人语速慢而流畅,有的人语速既慢也不流畅。在录制嗓音样本时,会有故意伪装嗓音的情况存在,这是故意表现为慢速或者快速的声音。无论是故意加快还是减慢语速,说话者的语音流畅程度都表现为不正常的降低,且这个流畅程度减弱与正常的说话者语音的不流畅特征是有区别的。前者表现为不均匀的阻塞状态以及不适当时机的阻塞,语音的强弱不均。尤其是遇到检材嗓音中相同语言的发声时,这种阻塞会更明显。后者的不流畅是自然的状态,与语言的变化没有关系。这类似于笔迹的书写速度和流畅程度,可以根据笔迹的书写速度是否一致以及书写的流畅程度确认笔迹是否经过伪装。书写人故意掩盖自己的笔迹特征时,也会出现故意快速或者慢速书写的形式,由于与自己平时的书写速度不一致,因此会出现书写不流畅的现象,表现为不适当的停顿、抖动和笔画的重描现象;而其他的时候表现为流畅状态,字的大小不均。正常的慢速书写表现为笔画连写的情况较少,但单个笔画的书写速度是正常的,字体的大小是均匀的。正常笔迹虽然流畅程度欠佳,但是普遍呈现抖动、停顿和拖笔现象。(5) 声音强度。这体现在语音的能量上的区别,也称为“语音的响度”。有的人声音很响,有的人声音则很弱。在嗓音检验中,声音强度还因录音状况的不同而不同。说话者距离录音设备较远,声音强度就小;反之,声音强度就大。这个特征类似于笔迹的书写力量特征,很稳定,是一种不太容易被模仿的特征。(6) 言语特征。这主要指方言特征,即地方特有的发音模式;个人特有的语言模式;个性化拼读,如 s 和 sh 不分,n 和 l 不分;还有错音特征。这些特征类似于笔迹中的语言特征,包括方言特征、别字特征和错字特征等。

上述嗓音的特征分类只是大类别的分类,其中声源及基频、综合语音品质特征、韵律特征、声音强度特征以及言语特征中的方言特征和地方特有的发音模式等均属于嗓音的种类特征,对于排除同一的认定和种类鉴别

有意义,但对于同一认定不具有重要意义。只有音调特征和言语特征中的个性化拼读,尤其是错音特征,对于认定同一具有重要意义。对于一项物证鉴定来说,仅有大类别的特征分类是不能满足鉴定要求的。这是因为,种类特征中,普通的成分较多,个性化的成分不足。同一认定的依据是适用多个个性化特征几率的乘法原理,每个特征的个性化程度是该特征在人群范围内出现的几率,几率越小,个性化程度越高;个性化特征的数量越多,同一认定的依据越可靠。但是,在目前的嗓音鉴定中,恰好是这些关键的个性化特征的种类和个性化程度没有解决,导致无法从科学原理上论证是否在整个人群范围中达到了同一认定的程度,更无法论证同一认定的可靠程度。

三、嗓音的同一认定方法

实践中,嗓音检验的具体操作方法如下:在相同的环境下,使用相同的录音设备制作嗓音样本。相同的环境是指相同的地点、时间、噪音背景和场景、语言。说话者距离麦克风的远近要做到尽可能一样。当然,这个要求有点苛刻,很多情况下无法再现录音时的境况。但是,事实证明,嗓音对照样本的录制条件越是接近检材的录制条件,就越容易得出正确的结论。应当注意的是,如果检材的条件中干扰因素比较多,或者存在人为改变的可能,对照样本的条件就要好,同时需要含有相同音节的自然发音状态下的多个样本。样本数量越多,反映的说话者的特征就越多,特征的稳定性就可以很好地被表现出来,同时还可以排除偶然的发音变化形式。当然,录音设备不同,也会产生差异。如果不能使用相同的设备录制样本,就应当排除由仪器所产生的影响。

H. 荷里恩提出了嗓音鉴定的理想工作模式。他指出,语音信号的数字分析方法是最有效的方法,是稳定的、抗干扰的,是不因检验人区别而受影响的方法。为保证检验结论的准确性,必须尽可能要求检验人员的检验方法是一致的、统一的。只有这样,才能保证在对一项嗓音检验结论有疑问时,任何其他的检验人员都可以验证其结论的可靠性。嗓音检验的结论最终不是由机器得出的,而是由专业人员经过分析得出的。这说明,嗓音检验中的仪器操作仍不能脱离人的把握,需要人对数据进行分析,不可能像 DNA 那样直接由数据得出结论。当说话者自身的特征变化程度大于与他人的特征差别时,系统必须尽可能给予补偿。这是个不太容易做好的工

作,嗓音特征的信号加强或减弱的判断往往要依赖于个人的考虑。系统能够按计划自动生成具有新功能的分析方法,在进行一个或者数个不确定的检验时,能够自动生成一个子程序,以便进行下一次的实验。系统所显示的用来表达特征的数据必须是能够加以鉴别和认定的。系统对于对变化的应对能力和抗干扰能力必须加以说明。系统在本质上必须是多维信号系统。以上这些考虑似乎是全面的、完备的,但仍然是矛盾的。一方面,说嗓音的检验结果不能依赖于仪器,要靠专业人员的分析,检验的方法必须是统一的、一致的。这是针对一般的嗓音检验来说的。另一方面,要求系统可以自动补偿某些缺失、减弱的信号,能够自动生成分析方法,且对变化具有自动应对和抗干扰的能力。这是针对疑难的嗓音检验来说的。如果嗓音鉴别的不确定因素过多,就不可能实现检验方法的统一。和其他生理类的证据检验一样,对于正常的笔迹,几乎每个检验人员的方法都是一致的。但是,对于复杂的笔迹情况,如字数过少、不正常状态下的笔迹等,哪些特征是书写人固有的、需要特别强调的,哪些是临时变化的、需要不予考虑的,并不太可能有统一的分析方法。能够恰当处理这个疑难案例的检验人对笔迹或者嗓音的形成机制和常见的干扰因素应有深入的研究,并且有丰富的针对不同的检验对象进行检验的经历。由于每个人的研究深度和检验经历不同,所使用的分析方法也会有差异。

第二节　视听资料的检验实务

视听资料包括声像资料、计算机系统储存的资料以及其他科技设备和手段提供的信息。这些在实践中是经常用到的证据,如从道路监控录像里寻找嫌疑车辆或者失踪的人,从数据库中调取某人的个人信息、行为和财产情况记录等。但是,这些证据的有效使用存在诸多问题。如涉及经济犯罪的嫌疑人的信息,包括个人情况记录、工作变动情况、旅行情况、银行现金变动记录、个人和家属拥有房产的情况等。搜集这些全面的信息需要较长的的时间,这个时间也许足够让嫌犯逃之夭夭。美国的这些信息通道是极其畅通的,也许几个小时甚至十几分钟就可以全面查询完毕。侦查的过程往往是在与罪犯进行时间赛跑。在信息共享方面,有待于进一步研究,进行信息系统的数据库的联合使用研究等。另外,声像资料还多见于直接表达犯罪事实或者民事争议事实的记录,如录音和录像。这些信息如果经

确证无误、来源合法,可以直接作为案件的证据使用。

一、视听资料的种类

视听资料包括录音、录像中记载的声音和图像。这些声音和图像记载了与犯罪有关的信息,是多种声音和画面中多种图像的综合信息。声音包括话语、电视声音、音响、电话声音、汽车声音、风声、雨声、动物的发声等,可以据以判断案件发生时的状况、环境背景以及时间、天气等与案件有关的信息。比如,报警电话中,有报案人报案的话语声,有汽车发动机的声音,有狗叫声,有火车的声音。这些声音可以提示案发时报案人所处的位置为铁路旁,与狗为伴,报案人驾驶车辆等信息。再如,通过街头群殴的录像,可以分辨现场有几个人,他们的体态和相貌特征,手持凶器的种类和形状,每人分别实施了什么样的伤害性行为,现场位置,旁观的路人,群殴结束后散去的方向等信息。

数据库信息包括:前科人员数据库、吸毒人员数据库、在逃人员数据库、指纹和 DNA 数据库、常住人口数据库、外来人口数据库、银行业管理数据库、旅馆业管理数据库、出入境管理数据库、房屋管理数据库等。这些信息可以用来查对案件信息。

互联网使各种文献数据库实现网络共享,社会科学和自然科学的专业信息以及网络用户的个人信息均可在用户端查询和浏览。个人隐私,如生活视频和私人财产信息及言论,均可通过邮件、微信、聊天工具等在互联网上传播。人们在网上购物、交流、开会等,网络已经成为人们生活中不可缺少的内容。互联网信息可以用来发现犯罪、查找犯罪线索、寻找犯罪证据、查找罪犯藏身之处、查找犯罪嫌疑人和受害人的社会关系及生活状况等。

二、视听资料的检验方法

1. 录音、录像的检验

录音的检验主要包括声音种类的鉴别和确认,主要靠人耳鉴别,通过与同类声音的不同声源进行比较,最终确认声音的来源。在录音系多种声音混合的情况下,要进行音轨的分解,听辨单音的声源,目的在于确定背景声音的种类,并确认案件发生时的背景和环境因素。录像的检验包括确认背景环境的建筑物形态以及案件发生的位置和地点。根据录像中的人物外表、体态和衣着,可以确认录像中的人物身份,寻找认识嫌疑人的证人和

同伙进行辨认，或者向社会发布嫌疑人的照片，征集身份确认信息。可以通过分析录像中嫌疑人的行为，认定犯罪经过。对录音、录像资料，还应当检验录制过程是否呈现自然的连续过程，有没有经过剪辑和合成。应当检验声音和画面的转换是否自然和流畅，语速和物体运动的速度和方向是否一致，语音和画面中人物的情绪表现是否一致，情绪变化过渡是否自然，声音和画面是否同步等。声像鉴定常常涉及音频和图谱的视听检验，以验证录音、录像设备是否一致，在编辑点处呈现能量上的变化。上述事项检验完毕，需形成正式的证据材料，记载检验人、检验时间、检验过程、检验中的相关参与人的个人情况（身份保密的情况除外）、检验的结果及其验证情况等。

2. 数据库信息的查询

诸如犯罪嫌疑人数据库、指纹数据库、DNA 数据库等，通过有查询权限的单位和部门进行查询，并出具数据的记录、存储、录制原因、录制地点和录制人等官方详细证明，以及数据的证明材料的查询人、查询授权、查询时间和地点等材料，以形成完整证据链的证据形式。

3. 互联网信息的检验方法

互联网上的信息真伪并存，与犯罪信息或者民事争议有关的事实须查验核实，才具备证据的要求。核实方式包括以下方面：(1) 查找信息源。查找信息的发布者，了解发布者获得信息的途径和经过。寻找信息源是通过追踪发布信息的 PC 的 IP 地址实现的。寻找到信息源之后，需要确认发布到互联网上的信息是发布人员亲自取得的还是间接得到的。此外，还要进行信息制作人的个人情况认定，以确认发布信息的可靠性。(2) 检验录音和录像是否经过剪辑，或者画面、声音是否经过处理。(3) 将语音和人像与嫌疑人的个人语音和相貌特征相比对，进行同一认定。与案件有关的互联网信息核查完毕后，需制作关于核查经过、核查的结论及结论可靠与否的依据、核查人及核查参与人的个人情况（需身份保密的除外）、核查结案人、核查结案时间等证据性文件，以备诉讼所用。

第十六章　科学证据的检验

这里的科学证据是指范围在上述证据之外,需要运用科学原理和技术进行检验的其他种类的证据。当前,在我国司法审判中,被提交到法庭的科学证据越来越多,如医疗纠纷、环保侵权、商品质量、服务质量中的服务提供者的资质等,人们对涉及科学内涵的证据越来越重视。这些科学证据常常表现为因果关系的认定,即认定某个损害结果是否由于某个事实所导致。实践中,法官面对用科学知识论证案件事实的因果关系常常感到力不从心。

第一节　心理类的鉴定

心理状态的鉴定有很多种类,而不像一般人认为的那样,单纯是精神疾病的鉴定。心理状态根据诉讼的阶段有不同的鉴定需求。刑事案件中,捕获犯罪嫌疑人之后,有时候需要对嫌疑人的精神状态进行评估,评估嫌疑人的受审能力。民事案件中,针对民事行为的有效性的鉴定,如确认老年人的精神认知能力、其遗嘱的有效性以及其诉讼行为能力的鉴定。

一、精神疾病类的鉴定饱受诟病

关于精神病的鉴定问题,笔者在前文已经论述过。这里要讨论的是精神病鉴定的问题表现在哪里。为什么精神病的鉴定表现得不是那么科学?下文以一个关于诉讼行为能力的鉴定案例作分析。

Z××因与其劳动单位发生纠纷,被以旷工为由扣掉奖金及部分工资。Z××遂诉至法院要求返还。被告向法院提出Z××患有精神病,不具有诉讼行为能力,要求对其精神病状况进行鉴定。鉴定结论为:“被鉴定人为偏执性精神病,在本案中无诉讼行为能力。”鉴定依据主要包括以下内容:

(1) 被告关于原告一贯行为的陈述,如“厂里有人说他(原告)有精神病”,“因房屋拆迁问题对厂里领导有意见,长期工作中一贯表现不好”,和同事关系不好,等等;

(2) 被告提交的原告写给被告的“法律声明”(有关原告受厂方迫害,决心拿起法律武器与被告的迫害行为斗争到底的书面文字材料)和“断绝关系声明”(有关原告与一位工友之间发生矛盾并说明自己立场的文字材料),两份文字材料中用词夸张,有富于想象力的比喻,用词不当随处可见,等等;

(3) 鉴定人与原告的谈话,原告称车间主任、班长等人多年来联合起来发表对其不利的言论,“要孤立我,以免对动迁有影响,我分析他们是要从我的私房中扣一些出来给其他人”,并发表“女的强奸男的,也不是没有这种事”等表露非常人思维内容的语言。

司法鉴定中心鉴定书

×××司鉴中心[2003]精鉴字第×××号

委托人:××区人民法院

委托日期:2003年××月××日

委托事项:对Z××的精神状态鉴定和诉讼行为能力鉴定

送检材料:××区人民法院卷宗材料复印件若干

鉴定日期:2003年××月××日

鉴定地点:××区人民法院

在场人员:无

被鉴定人:Z××,男性,19××年××月出生,汉族,××市人,未婚,身份证号:×××××××××××××××,中专文化程度,工作单位:××市××厂,家庭住址:××市××区××路××号×××室

一、案情摘要

被鉴定人Z××(原告)先后两次向××区人民法院起诉其工作单位××市××厂(被告),要求“返还被扣除的2002年11月份相关的奖金600元,返还被取消和扣除的2002年度下半年六个月的文明职工奖600元。取消2002年11月13日Z××报警而对其作出的其他处理”,以及“返还少给的一个薪级的工资,从1999年签订合同时算起。补偿由此引起的其他各类损失”。××区人民法院在审理过程中,疑Z××精神异常,为慎重处理此案,特委托本中心对其进行精神病司法鉴定。

二、被鉴定人精神概况

据其单位领导反映,被鉴定人进单位工作十余年,表现一直不好。当

初单位对其家庭住房动迁，单位经与其商谈后订下协议并已履行，但事后他反悔，与有关人员发生矛盾。劳动纪律松懈，经常为琐事与同事、领导发生争吵，厂里确有人讲他有“精神病”。部门领导经常要求他写检查，他写了一段时间后就改为向党组织写入党思想汇报。他认为班组里的同事都对他不好，多次要求调换班组，但其他班组也不愿意接受他，总是领导反复做工作后那些班组才肯接受他，而他又认为领导给他安排班组时常带有某种故意。

摘录被鉴定人提交给法院的“法律声明”：“胡××主任，各位领导：Z××重披战袍，宁愿战死在法院的台阶上，也不愿意留在老厂煤运一班受罪；这一点您必须明白：从现在的种种迹象来看，如不采取法律行动，等于坐以待毙。Z××在老厂煤运一班的此持续低迷状态始终无法改变，这给Z××在经济上、精神上蒙上了层层阴影。而这种环境的产生与前燃料部负责人似乎有着某种微妙关联，如果放任这种情况发展下去，其结果将是难以预料的可怕。因此，根据Z××打官司并不一定要直接的原则（从各个角度判断），Z××将以歧视、经济损害和精神伤害，以及在过去可能存在不同程度地利用他人进行威胁和妨碍Z××司法权利等诸项罪名，向法院对前燃料部负责人唐××提起民事诉讼请求。从1995年起围绕着生存权，Z××与唐××进行了一场悲惨的较量，也耗尽了自己所有的青春岁月。唐先生您应当明白，不管是直接还是间接，单凭歧视、政治猜测、不负责任地瞎弄，我已经被彻底被您毁了。……Z××把歧视、经济损害和精神伤害归于一点，撤威胁和妨碍司法归于另一点，包括25份延续小结的稿费，……总之，唐先生是以Z××房屋事件为借口进行伤害，而房屋事件又是他间接造成的，最直接的原因就是‘1997年7月1日’事件，还有就是强迫下岗；……本次诉讼的导火线是‘金属圈’事件中的某种攻击性行为……”

摘录被鉴定人致××区劳动争议仲裁委员会的“Z××与陆××关系的声明（2003年2月24日）”：“Z××与陆××在2002年12月20日前同在一个班组，关系不好，从没有单独交往，Z××经常受到陆××攻击，如辱骂和斗殴挑衅，目的是以女人身份向Z××耍无赖。”

三、检查所见

精神检查：意识清晰，年貌相符，自行步入检查室。接触良好，注意力集中，检查合作。理解提问，对答切题，言语流畅，能陈述简历，记忆无障

碍。被鉴定人称多年来车间唐主任、姜班长等人联合起来发表对其不利的言论,“要孤立我,以免对动迁有影响,我分析他们是要从我的私房中扣一些出来给其他人。……在工作中,单位对我把关是把得很严的,把我工资扣了,班长是在逼我吵架、打架。领导对我这样是煽动对立面,意思是要大家歧视我。”问起与同事陆(近期刚刚退休)关系时,称:“她从2000年调入我班,平时关系一般。2001年开始,她对我有些‘刮三刮四’,她离过婚。我判断她是单身汉,对她保持一定距离。”之后被鉴定人大谈2001年10月底自己在车间洗澡时金戒指失落、后又突然被其他同事捡回的所谓“金属圈”事件,“有人叫我写张条子表示感谢,但我认为不能写,许多人讲我‘不上路’,此时陆就冲出来骂我,要打我耳光,身体也贴上来,被劝开,但她一直盯着我”。被鉴定人接着又称在2002年11月12日夜里(即其所谓的11.13受攻击事件),“她用阴部撞我的大腿。女的强奸男的,也不是没有这种事”,认为自己上了厂车后,陆也说一些不三不四的话,使得乘车的同事对他另眼相看。问其如何理解陆这些行为的目的,则称她是受了厂里领导的指使,“我与唐(主任)的关系是很特别的,唐把陆调来是有意对我的”,认为班组成员的组合都是故意安排针对他的,“2002年4月起,班组里的一些人勾结起来孤立我,造成很可怕的情景,经常有人骂我神经病”,认为厂领导是在使用“逼退”的方式使其知难而退。谈及其在厂内的待遇时,称根据工龄、工种来看自己是最低的,这都是厂领导对其打压的结果,而且签订劳动合同先是一年签一次,而不是像其他人那样签无固定期限的合同,但不久发生了更衣箱被烧的事件,“烧更衣箱的特点,是我在上班干活时通知我烧了,待我赶到现场已烧得没有什么了。锁已经敲掉,我的工资单等资料均毁了,当时消防器材没用,这情况我很怀疑,这等于是存心让其烧毁。他们说是装修烧电焊的工人不小心引起的,我感到不是偶然性而是有预谋的,是想烧掉劳动合同,是厂里对我报复。”对于所谓“11.13”事件,说:“他们借‘十六大’这一阴谋来整我,11月12日夜我上班时,值班室的灯不亮,其他房间的灯亮着,这说明什么问题?是想说我上班睡觉。”声称这是场阴谋,故而自己坚决不肯接班,未得到允许,于是只能采取报警的方式实行紧急避险。检查中发现其存在明显的被害妄想,情感反应与之相适应,未引出幻觉,智能、记忆无异常,无自知力。

四、分析说明

1. 根据送检材料、调查所得:被鉴定人Z××系中年男性,中专文化程

度，未婚。工作能力一般，劳动纪律欠佳，与同事、领导相处不好，经常为琐事发生争执。其在提交给法院的材料中声称，因受多年前房屋动迁事件的影响，单位领导长期以来一直以各种手段对其进行伤害，造成了所谓的“金属圈”事件、“11.13”事件等致使其在经济等方面遭受严重损失，故而自己不得不采取法律行动以免坐以待毙。本次精神检查发现其存在明显的被害妄想，主线为领导出于房屋动迁之事对其进行迫害，敏感多疑，将自己一系列的经历进行曲解、加工，妄想逐渐系统化并固定，情感反应与妄想内容相适切，并产生与之相适应的意志要求与行为，未发现幻觉，记忆、智能无障碍，无自知力。综上所述，被鉴定人Z××患有偏执性精神障碍。

2. 被鉴定人Z××患有偏执性精神障碍，其对自身的经历受精神症状的影响而产生病态的认识，其诉讼行为的产生系受妄想这一精神病性症状的支配，故在本案中应评定为无诉讼行为能力。

五、鉴定结论

1. 被鉴定人Z××患有偏执性精神障碍。

2. 被鉴定人Z××在本案中无诉讼行为能力。

鉴定人：×××　×××

2003年××月××日

被告收到鉴定书之后，随即以监护人的身份强行将原告送进精神病院。治疗七个月之后，原告之父经再三恳求精神病院的负责人，才将原告从精神病院带走。由于七个月被强行服用抗精神病药物，原告体重急剧增加，体形严重变形，并产生一系列的药物副作用的精神症状。该鉴定书被利用并产生了不利于原告的侵犯人身权的后果。该鉴定书正确与否，从其文字内容的描述难以确认。那么，如何认定该鉴定书有没有问题？法官和双方当事人如何质证该证据？笔者认为，至少应该做到以下几个方面：

（1）对鉴定书本身的质证重点在于鉴定书中鉴定结论的构成要件。本鉴定书中鉴定结论的构成要件之一为：被鉴定人思维和意识活动中应该存在严重的妄想特征，该妄想的特征严重偏离真实的事实背景，而且区别于正常人意识中所存在的不切实际的联想意识，即偏执性精神病人的妄想内容经常表露于语言和行为中。本鉴定书中鉴定结论的构成要件之二为：被鉴定人应该存在较多的基于妄想的强意志行为，例如由于钟情妄想跟踪

想象中对其钟情的人，由于迫害妄想长年累月地诉讼及上访的强意志行为。本鉴定书中鉴定结论的构成要件之三为：偏执性精神病与偏执性人格的区别，即被鉴定人有没有表现出较严重的基于妄想内容的语言和行为，有没有超常意志的与妄想内容有关的强意志行为。

（2）质询鉴定结论的依据有没有达到鉴定结论的构成要件的要求。鉴定结论的每一个构成要件所需要的事实和文字材料都是真实的、明确的、有据可查的和可以论证的，而不是模糊的、不确定的、无法再现的和可以有多种解释的。就本鉴定书而言，由于其中没有附具所依据的全部材料，包括被鉴定人生活中的行为和影响被鉴定人思想的事件的调查材料、鉴定人与被鉴定人的谈话笔录、对被鉴定人所书写的文字材料的事实背景的审查等，所以鉴定结论正确与否无法确认。这也是证据法不完善所导致的难以对鉴定结论进行审查的局面。

（3）质询鉴定人的资质，包括鉴定人的受教育经历、工作经验和工作绩效等，具体包括受过何种和何等教育、工作年限、工作成绩等。

二、科学论著与论文的证据证明作用

对于与法官技能相去甚远的科学著作、科学评论、科学性的期刊文章、专家证人关于科学知识论证的证词，法官该如何采信或者运用？

基于某种科学知识所展示出的某种专家意见，必须有源于该科学知识运用的科学方法，无法引申为科学方法的科学知识等于是无法运用的科学知识，无法运用的科学知识同样是不能用于专家的意见之中的，该专家意见也是不能被法庭采纳的。因此，对家意见的审查同时被转变为对专家意见所依据的科学方法的审查。对科学方法的审查基于两个方面的内容：该科学方法必须展示未被普遍接受的、可以信赖的技术，如反复多次使用该技术，以及其他人使用该技术得出的结论是否是一样的；该科学方法不能偏离本领域被普遍承认和接受的技术上的论证程序，如技术规范和操作常规。

用于鉴定书中的专家意见审查表现为：鉴定的标准是什么？某种精神病的鉴定是否与该种精神病的诊断依据相一致？本鉴定书中所使用的标准的科学准确性如何？该鉴定结论的论证技术是否为被普遍接受的、可以信赖的方法？鉴定人有没有掌握该技术方法并恰如其分地运用于本鉴定中，也即有没有违反技术规范和操作常规的地方？例如，如何调查被鉴定

人的生活史？如何与被鉴定人进行交谈？如何审查被鉴定人的语言和行为？其方法是否体现了客观公正的本质？在本鉴定中，如果对被鉴定人生活行为的调查所采取的环境是被鉴定人的工作单位，被调查的人是该单位的领导，由于被鉴定人与其单位发生了纠纷，调查结果必须保证是被鉴定人言行的真实反映，而且这种保证是客观的、有形的、不是主观臆断的，否则不能作为鉴定结论的依据，即便有其他的依据（被鉴定人的书写材料、鉴定人与被鉴定人的谈话记录等）可以佐证。其他专家如果再对其进行鉴定，是否也可以得出该结论？

被提交到法庭的科学知识应如何界定？面对被提交到法庭的、似乎是属于科学范围内的知识，必须由有举证义务的当事人确认其科学实质的充分性，以及对方当事人反驳的依据。法官必须对此予以裁决。如何才能达到公正的审判目的？法官该如何采信或者运用科学证据？

法官的意见不能以专家的观点为基础，原因是提交到法庭上的科学证据及其概括的文字背后所依据的更多的材料，绝大多数的法官无法参考、掌握和了解。一般情况下，法官能够确信的科学证据的依据还是明确规定在法律条文中有法律含义的科学知识，如常见的医学鉴定如死亡原因、物证检验技术如指纹鉴定等。对于法官不熟悉的科学知识，如环境污染物质对人体或者生物造成的损害、药物的药理作用对人体所导致的伤害等，如何确认其关联性？法官常常感到难以形成确信的意见。似乎法官唯一能做的就是对已有的材料进行认真研究，撇开专家的结论，分析专家得出结论的依据及论证是否充分。

三、因果关系类鉴定缺乏科学标准

因果关系类鉴定是针对损害结果和据称是导致损害结果的原因之间是否存在因果关系的认定。这类鉴定尚没有科学标准。制定这类鉴定的科学标准比较困难，因为因果关系类鉴定涉及各行各业。原因和结果之间内在连接的认定依据比较复杂，可能运用于精密仪器的测定，也可能只是科学原理上的推定。比如医学上的职业病鉴定，既要测定被检验人体内特殊成分原形或代谢产物的含量，还要依据病理、毒理学上的原理进行推定。接触有毒有害物质，与身体损害结果的直接关联性受多种因素影响，如毒物摄入的途径、剂量、持续性摄入的时间，被检验人的体质是否存在特殊因素，同类病人情况之间的比较等，需要测量众多的数据和理论上没有瑕疵

的逻辑推导,严格符合科学标准化要求的检验过程是个庞大的工程。

法官对因果关系类鉴定形成确定意见的依据是用于表明关联性的数据。如何看待因果联系所依据的统计数据?中国教育电视台《科学与发现》栏目报道过这样一个案例:我国南方某村 1980 年以后出生的孩子蛙腿畸形的发病率非常高。专家曾经怀疑这是环境污染所导致的,但统计数据表明没有令人信服的关联性。专家继而怀疑是青霉素肌肉注射所使用的溶剂导致的结果,但调查统计的数据表明,溶剂成分的不同与发病率似乎没有明确的关联性。最后,医学家揭示了其中的秘密:自 80 年代始,儿童在 2—4 岁,由于病毒性呼吸道感染导致的发热,村民倾向于采用臀部肌肉注射的治疗方法,影响了孩子臀大肌的发育,造成了该肌肉萎缩,随着年龄的增长、身高的继续增加,蛙腿症状的畸形越来越严重。因此,对于表明关联性的数据,不仅仅应当达到某一程度,而且其关联性必须能够以科学的方法并结合事实进行论证,才具备被法庭采信的条件。

目前我国在职工工伤与职业病致残程度的标准方面存在的问题尤其严重,主要表现为:一是职工工伤与职业病致残程度的标准在实质上不具有技术上确定的可操作性。在实践中,运用该标准的主观随意性较强。致残等级的划分标准为人体器官是否丧失或者缺损,器官的功能障碍是否属于严重、中等、轻度的功能障碍或者存在并发症,是否存在特殊的、一般的、有没有医疗依赖、生活能够自理的部分程度等。从这些抽象的方面认定工伤与职业病致残程度的鉴定标准的规定,实际上属于运用了科学的知识,却没有采取科学的办法进行操作的司法鉴定。关于什么是严重、中等、轻度的人体器官功能障碍,这些功能障碍会导致什么样的影响,如对其他器官的影响、对人身综合能力的影响及其影响程度的量化等,以及医疗依赖程度的认定,同样没有具体的、可操作的规范。所有这些都需要依靠科学的方法予以认定,否则这样形成的专家意见就不具有说服力,没有科学的依据,在证据属性上不具有可信性和可采纳性。二是职工工伤与职业病致残程度的鉴定部门是垄断的。鉴定部门是官方的,并不充分代表劳工的利益,而大企业尤其是国有企业同国家单位有千丝万缕的联系。劳动局对企业具有行政管理权,从其职能性质来讲,实施客观公正的职工工伤与职业病致残程度的司法鉴定是与其职能性质相冲突的。该类鉴定的垄断导致鉴定状况没有统一性,主观随意性较强,人为因素及社会关系影响专家意见的程度较大。实践中,职工遭受的伤害,尤其是职业病的伤害,往往被鉴

定为较轻程度,甚至可能低于正常的三个等级的鉴定结论。

以下是一个职业病鉴定的案例:

朱××于1999年3月至2000年9月在××药业股份有限公司任配料工,在复方酮康唑配料(粉剂)软膏车间工作。具体工作内容为:将基质加热至90—100摄氏度,将酮康唑及丙酸氯倍他索(抗真菌药及肾上腺皮质激素)加至基质中。车间约为30平方米,高约3米,自然通风差,无排风吸风装置。工人每天工作4—6小时,每周工作5—6天,每天接触3.1千克酮康唑及156克丙酸氯倍他索,双手不直接接触。同工种有两人,另一人有类似发作。2000年9月,朱××突然出现全身散在性紫纹,分布于胸部及四肢部位,被认定为"真皮萎缩,真皮溶解症"。朱××脱离原工种后,无新鲜皮纹出现,原紫纹颜色逐渐消失。他的体重由108斤增至170斤,有头部震颤、乏力、心慌、虚脱、抵抗力差、有痤疮、脂肪肝、甲癣、视力减退、视物模糊、感觉恶心、胸背部及关节疼痛、骨痛、头疼、头晕、肝区疼痛、易受惊吓、易激怒发火、睡眠差等症状,被诊断为:"职业性皮肤病、类库欣综合征表现之一"。

2004年,朱××待伤害情况减轻并基本稳定之后方申请工伤认定和职业病致残程度鉴定。

工伤认定书

××劳认结(2004)字第××××号

企业名称:××××药业股份有限公司

伤亡人员:朱××

身份证号:××××××××××××××××××

受伤部位或职业病名称:根据《职业病皮肤病诊断标准(总则)》可以诊断的其他职业性皮肤病

伤害经过和核实情况:

1999年×月至2000年×月,在从事生产复方酮康唑软膏过程中,由于接触丙酸氯倍他索、酮康唑等化学原料,出现皮肤反应、头疼、头晕等现象。

医治情况及诊断结论(病历):

经××市皮肤病防治所、××市化工职业病防治所和××市职业病医院治疗,诊断结论为职业性皮肤病、类库欣综合征表现之一。

认定依据及诊断结论：

根据《工伤保险条例》第十四条第四项的规定，认定结论为工伤。

如对本认定不服的，可从签收本结论书之日起六十日内，向××区人民政府或者市劳动和社会保障局申请行政复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

职业病伤残程度鉴定结论书

劳鉴(×)字04-××-××-××号

被鉴定人：朱××

身份证号：××××××××××××××××

居住地址：××路××弄××号××室

工作单位：××××药业股份有限公司

根据《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》，经劳动能力技术鉴定组鉴定，你目前的伤情符合分级系列第十级第3条。

鉴定结论：职业病致残程度拾级。

本鉴定结论书涂改无效。

注：鉴定结论签收后，请在三天内转交被鉴定人或被鉴定人所在单位。

如不服本鉴定结论的，可从签收之日起15日内向市劳动能力鉴定委员会申请重新鉴定。(地址：××路××号×号楼底楼大厅，逢周一、三上午9:00—11:30、下午1:30—4:30受理。重新鉴定程序与第一次鉴定相同。)

注：鉴定结论签收后，请在三天内转交被鉴定人或被鉴定人所在单位。

该鉴定案例中存在的问题主要表现在以下方面：

(1) 工伤或者职业病的伤害情况及伤害程度鉴定或者认定不应该是行政行为或者带有行政行为的性质

从该案例的工伤认定书中可以看出，是否构成工伤必须由劳动行政管理机构经过行政行为的认定。笔者认为这是完全没有必要的多余程序。工伤和职业病的致伤情况只是人身损害的情况之一，与其他人身损害情况一样，应该受到同等的对待和相同的人身损害赔偿。实践中，企业与劳工个人影响鉴定机构、行政管理部门的力量相差悬殊，因为企业与行政管理部门产生联系是经常和持久性的，而劳工与行政管理部门产生联系是偶然

和个别发生的现象;关于鉴定的状况通常是有利于劳动单位的,除非是该劳工有对其有利的社会关系可资利用。劳工因工伤或者职业病,在实践中得到的损害赔偿是寥寥无几的。目前,因工死亡的赔偿只是劳工六年的现时工资,远远低于交通事故损害赔偿的数额。工伤或者职业病没有导致死亡的,能够得到的待遇也是极为糟糕的。一般的处理方法是:受到伤害的劳工因伤害的致残程度得到一次性的补偿,随后由企业安排到较低劳动能力要求的工作岗位;无劳动能力的劳工由企业每月发给基本工资直至退休,之间不能无故被辞退。受到伤害的劳工能否得到这种低水平的赔偿通常取决于企业的生存时间和经营效益。

造成这种状况,是因为我国长期实行计划经济制度,国有企业占主导地位,对企业中劳工的管理也是行政化的管理,而不是纳入社会化的保障体系中。另外,作为劳工组织的工会也是行政性质的,并不代表劳工的利益,通常是企业或者单位的附庸组织,是为雇佣方或者单位服务的。劳动行政管理部门同样偏向于企业一方。

要改变目前这种状况,必须彻底改变关于企业与劳工的管理制度,将工伤和职业病的风险防范纳入社会保险中,加强工会的力量,使工会不受行政机关和单位的制约;同时,使工伤和职业病的人身损害赔偿与其他人身损害赔偿的标准相一致。

(2) 工伤与职业病的致伤状况鉴定应综合评价致伤当时和预后的稳定状况

工伤与职业病的致伤状况鉴定不应单纯考虑预后的稳定状况,否则劳工致伤时的痛苦就得不到相应的赔偿,人身权利得不到基本的保护。因为人身的个体差异很大,有的人机体的愈合和恢复能力较强,有的人机体的愈合和恢复能力较差,如果仅仅考虑预后的稳定状况对于前者的人身权利保护,就会产生不利的后果。

待伤害情况减轻并基本稳定之后,劳工方可申请工伤认定和职业病致残程度鉴定。

(3) 工伤认定不能成为行政行为,也不能成为致伤程度鉴定的先置程序

工伤认定是专家根据其所具有的专业知识和执业经验对受伤者出具的专家意见。单位不是一个纯专业的组织,法人不具备出具专家意见的条件,即便法人聘请专家进行鉴定,这一事实也不能够在法庭证据中显现出

来。由于工伤认定不是具体的个人行为，对于其具体的操作过程和依据无法进行质证。该行政行为的认定书从设置的出发点来讲不失为为法庭证据而设，但其形式和内容都没有考虑法庭上的需要。法官面对这么一个行政裁决，要么认定，要么不予认定。如果不予认定，那么是法官的裁决效力大，还是行政裁决的效力大？我国是一府两院制，政府比法院高出半个级别，政府的部门比法院低半个级别，由此推断，应当是法院裁决比行政裁决的效力大。但是，如果行政裁决是由某政府作出的，那么有资格审判的就必须是上级政府相对应的法院了。

行政机关没有必要设置这样一个行政裁决的程序。工伤和职业病的发生所涉及的纠纷与赔偿应当属于司法程序解决的内容，否则就是行政机关在代行法律事务。这样容易造成法制混乱，会造成社会成本的增加，人为地制造社会的混乱。

工伤认定的行政裁决不能够成为工伤鉴定的先置程序。这样容易导致侵犯劳工权利的情况发生。如果一个在工作中受到伤害的工人在劳动行政管理部门不能得到工伤的行政认定，那么他就不能进行下一步的伤害程度认定，取得人身损害赔偿的依据，从而寻求司法解决的途径和国家公力的支持，保护自己的合法权利。

工伤认定与工伤和职业病致残程度标准两种鉴定分别进行实在没有必要，没有接触过工伤事件的人均想不到工伤和职业病还要进行两次鉴定。鉴定书中充分体现了避重就轻的原则，为单位开脱责任是以放弃人权保护为代价的，充分体现了计划经济时代“集体的利益大于个人的利益”的价值观，这是市场经济社会所不能接受的。

（4）工伤认定和工伤致伤程度鉴定不能反映受伤害的状况和程度，在法庭上不具有适用性

对人身伤害任何形式的认定都应该准确地反映伤害的真实情况和预后，从而赢得公众情感上的共鸣和法官的支持，只有这样才能够很好地保护劳工的权利。在本案例中，受伤者的痛苦状态是极其严重的，因肉体的痛苦所导致的精神痛苦也是令人难以忍受的，而这些在认定书和鉴定书中均没有得到反映。面对其中生涩的医学名词“职业性皮肤病、类库欣综合征表现之一”，除了医学专家，普通人和法官又如何会明确知道该劳工的伤害程度并支持他的赔偿要求？如果认定书和鉴定书不能达到这个目的，那么就没有存在的依据和必要了，也不能成为合法的证据。

（5）认定书和鉴定书中未表述鉴定程序

鉴定是经过一定的程序的，鉴定书是程序和结果的记录和反映。因此，鉴定书必须反映鉴定程序才能够证明该法庭证据是有依据的，否则该证据就应该被法庭作为非法证据而不予采信。从该案例的认定书中，看不到进行工伤认定、工伤致伤程度鉴定的人是谁，该认定人和鉴定人的资质如何，工伤认定和致伤程度鉴定是采用何种技术手段和方法进行的，等等。

（6）工伤致伤程度鉴定书未表明鉴定结论的依据

鉴定书中只有一句反映鉴定内容的话："根据《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》，经劳动能力技术鉴定组鉴定，你目前的伤情符合分级系列第十级第3条。"笔者查遍了与之接近的《职工工伤与职业病致残程度鉴定》（GB/T16180-1996），始终找不到"分级系列第十级第3条"，只是在该鉴定标准的附录B中的十级第3条中规定"面部轻度异物色素沉着或脱失"。如果鉴定书制作者是要适用这一条，那么不但不能准确表现该劳工的实际伤害，其所规定的情况与该劳工的状况也毫不相关。导致该劳工目前的鉴定结论状况，直接原因有三个：① 工伤的鉴定标准本身的技术适用性存在问题。由于导致工伤的因素涵盖范围很广，应当对人体不同部位的组织和器官的不同伤害程度的状况作出规定，针对不同伤害程度和人体甚或能力和劳动能力，均应有明确可靠的技术方法予以量化测定，而不是人为估算。② 该鉴定没有适用该标准中具体的医学判断标准。与人体有关的伤害程度鉴定应当严格以医学的标准为判断依据，而不是医学标准的简化。司法鉴定标准在这些内容上绝对不可以成为鉴定人员自己方便拿来使用的独立的学科范畴，该范畴内的鉴定人员也不能成为长期脱离医学发展和医学实务的人员。③ 对该标准中不存在的具体状况必须认真、严格对待，以人体各器官的功能程度的损害状况为出发点予以认定，而不能使用模棱两可的标准中的条款，同时对使用标准的情况予以论证。

（7）工伤致伤程度鉴定的专家意见不能成为填表式的单位公文

工伤致伤程度的鉴定应当是医学专家依据科学知识的意见，需要针对人体组织和器官的伤害情况和劳动能力丧失的具体情况，采用科学的方法予以量化检测和认定，体现的是有代表性的专家个人的意见，依据的是医学上详细的科学标准。因此，这种鉴定应当体现专家个人的意见，而不是体现单位法人的意志。同样，鉴定的内容是详细而丰富的，工伤事故中每个人的致伤状况是千差万别的，绝不是可以用表格来体现的，更不能将复

杂的问题简单化,否则就是对人权保护的漠视和践踏。

工伤认定书居然是单位的行政行为,令人不可理解。工伤事件是赔付最少的人身损害赔偿,以至于很多建筑承包商为逃避对劳工工作中的死亡事件作较多的赔付,尽各方面的努力,为死者进行工伤的认定,以达到承担最小赔付责任的目的。

以上关于人体损伤程度的鉴定不具有人权保护的充分性,等级与等级之间的差距甚远,每个等级之内的状况范围较大。因此,对于标准的使用应当在等级归类之后,对该等级内的人体损伤的具体情况进行确认,使法庭能够直接适用其作为量刑与赔偿的依据。这是体现证据的确定性的关键所在。

第二节　科学证据司法鉴定的技术操作规范

科学证据司法鉴定在科学技术运用方面是一个纯技术问题,它同科学技术的发展紧密联系在一起。当前,世界各国的科学技术的发展状况千差万别,对技术运用的程度不同,人权保护意识不同,科学证据司法鉴定的技术规范也不相同,技术规范的标准程度在经济发达国家和经济欠发达国家之间也相差甚远。

一、科学证据检验的标准应当涉及各相关专业

国外的鉴定专家意见在技术规范上充分体现了确定性的法庭证据特征,针对普通的人体损伤情况也具备完整意义上的科学性质。鉴定部门出具的专家意见通常长达七八十页,由不同医学专家,包括组织学、骨科、康复等损伤所能够涉及的医学专科的专家,对人身损害的各个方面,包括伤害程度、康复的进展状况、功能残留程度的测定、伤后所能够从事的职业等给出全方位的专家分析意见。整个鉴定过程通常长达三个多月,费用一般需要五千美元。我国对于同样的人体损伤的鉴定一般是由一名医师检验,另外一个职称较高的医师复核文字材料并签名,从检验到出具报告大约需要一个星期,费用为五百多元。鉴定书常常为两页纸,有时候甚至为一页纸,上面仅仅有委托单位和鉴定单位的信息、鉴定依据、鉴定结论。这样的鉴定专家意见被提交到法庭上,不仅双方当事人不明白结论从何而来、鉴定人为何许人、鉴定的过程和技术运用是否符合标准,法官也是云里

雾里。这样的证据质证状况完全达不到在法庭上质询证据的程序目的和实质目的。

对一些比较先进的、成熟的技术使用,如DNA技术、指纹技术等,完全可以采用国际行业通用标准,完全不应当根据国内的实际情况予以变更。国内在实践中虽然基本上普及了DNA技术,但其使用状况仍然不尽如人意。这样一项技术含量颇高的专家意见被提交到法庭上时,对其进行质询的状况比其他类型司法鉴定的专家意见,如人身损伤检验报告、笔迹鉴定等更为糟糕。

二、目前我国司法鉴定标准的状况

目前,我国在司法鉴定的技术规范上存在的问题很多,从具体的案例中可以印证。

以下是一份DNA鉴定的专家意见:

机密

××市公安局

DNA检验报告

(200×)×公刑技法物字第××××号

报验:××公安分局刑侦队

检材:1. 被害人何××的血痕,编为1号检材

2. 被害人何××胎儿的脑组织,编为2号检材

3. 嫌疑人张××的血痕,编为3号检材

要求:亲子鉴定

概况:

200×年××月××日,××公安分局刑侦队因强奸致孕案送检上述检材,要求进行亲子鉴定。

检验

一、STR基因座检测

1. DNA提取:1、2、3号检材用专家意见没有这些方面的内容,就不能称为专家意见,得到模板DNA。

2. PCR扩增:PCR扩增反应在25.0μl体系中进行,采用Profiler Plus试剂盒(PE, USA)。

3. 荧光检测：PCR反应产物经3100型基因分析仪电泳检测，确定其DNA基因性。

二、检验结果

	D3S1358	vWA	FGA	D8S1179	D21S11
1号检材	16.18	17.20	22.24	12.00	29.00
2号检材	16.00	17.18	21.24	10.12	29.00
3号检材	16.00	16.18	21.23	10.15	29.30
	D18S51	D5S818	D13S317	D7S820	Amelogenin
1号检材	15.16	12.14	8.11	12.00	XX
2号检材	16.22	13.14	9.11	8.12	XX
3号检材	15.22	11.13	9.12	8.13	XY

根据孟德尔遗传定律，孩子的等位基因一半来自于生父，一半来自于生母。

检验结果表明，在D3S1358、vWA、FGA、D8S1179、D21S11、D18S51、D5S818、D13S317、D7S820、Amelogenin基因座上，除去生母被害人何××给予的一半基因外，嫌疑人张××拥有作为被害人何××胎儿之生父所必须具有的另一半全部等位基因。不能排除嫌疑人张××与被害人何××胎儿有亲子关系，其亲权指数为947736（亲权指数 > 10000，为强力支持有血缘关系）。

检验人：法医师×××

复核人：副主任法医师×××

200×年××月××日（公章）

该鉴定有诸多不符合鉴定标准的地方，主要表现在以下几方面：(1) 司法鉴定的专家意见不能成为被冠以“机密”的国家机密文件。因为该需要鉴定的事件不属于危害国家安全事件，只是一件普通的刑事案件。专家意见书上有“机密”的字样是与法庭证据的本质属性相违背的，除非该鉴定的专家意见仅仅作为警察机关的内部参考证据，而不是用来呈交法庭，接受控辩双方询问的法庭证据。(2) 检验材料的出处不明。何××与张××的血痕是什么样的血痕？干性的还是湿性的？血痕黏附在什么物

质上？何××与张××的血痕、何××胎儿的脑组织在检验之前是如何取得的？何人取得？在何处取得？取得的方式是怎样的？在何处保管？保管的容器是什么？保管的条件是怎样的？这些物证在检验中用掉多少？剩余多少？剩余的物证保存在哪里？所有这些检验材料的取得、转交、管理等都应该是一条完整的链条，这个链条不能有任何一环是断裂的，否则该证据就不能在法庭上成为合法的、可予采信的证据。(3) 检验部分未说明并表述所采取鉴定方法的原因及原理。例如，STR基因座检测是什么？为什么是这种基因座的检测，而不是其他基因座的检测？选取该基因座的科学依据是什么？该基因座检测的理论依据是什么？该基因座的方法原理是什么？检验材料为什么要采用Chelex-100提取法，而不是采用其他方法？Chelex-100提取法的科学原理是什么？方法原理是什么？采用Chelex-100提取法得到模版DNA的原因是什么？得到模版DNA意图是什么？同样的道理，PCR扩增为何许物？为什么要采用PCR扩增的方法？是因为检材数量不够用吗？其科学原理和方法原理是什么？对于荧光检测的表述也存在同样的问题。专家意见没有这些方面的内容就不能称为“专家意见”，人人可以任意炮制出这么一个检验报告，不能因为盖了某某权威机构的红色印章就能够成为有说服力的、法庭应该采纳的证据。(4) 检验部分未描述检验的具体操作过程。Chelex-100提取、PCR扩增和荧光检测是由谁来实施的？具体是怎么操作的？操作的过程是怎样的？只有明确表明这些内容，专家意见才具有可采纳性，在法庭上才能够针对其是否违反技术规范进行质证。(5) 检验结果部分未表明具体的结果来源。数据的来源是如何计算的？数据所代表的含义是什么？选取某个具体的基因座的原因是什么？为什么要选择十个基因座，而不是更多或者更少的基因座？电泳检测图像的结果是什么？这些内容的缺失，代表了数据的来源没有根据，人人都可以伪造数据，制造符合主观意图的鉴定书。(6) 对专业术语未作浅显的解释。例如，什么是Chelex-100提取、PCR扩增和荧光检测？亲权指数是什么？代表了什么含义？这些都需要以普通人能够理解的方式予以解释，否则就是完全在搞证据的神秘主义。(7) 原理与方法之间、原理与数据之间缺乏论证内容。例如，对PCR扩增的原理是什么、所采用的技术方法是否为该原理的恰当应用等，需要予以详细阐述。再如，论证孟德尔的遗传定律如何与本次检验的数据相结合，以说明具体的数据如何体现了孟德尔的遗传定律，胎儿的DNA数据如何与嫌疑犯的DNA数

据相比较等。

三、目前我国司法鉴定标准较少涉及专业要求

许多种类的司法鉴定还没有操作性的标准,如笔迹鉴定,还存在依赖经验的现象,鉴定的准确性因人而异。有技术操作规范的司法鉴定,其技术规范缺乏科学性和可操作性,如人体致伤程度的划分标准、致伤程度的数量化测定等。笔者在上文中已经进行了详细的表述,在此不予重述。

司法鉴定文书上直接存在的问题很多,大致可以归结为:鉴定原理描述部分或没有,或不完整,或无法使普通人能够理解并接受;用语不是技术化的科学规范用语,对术语缺乏解释和说明;鉴定所依据的实物证据向法庭的链接缺乏;检验结果的数量信息固定化描述缺乏或者不完整;等等。这些问题的存在,使司法鉴定文书成为不能被接受的证据,因为它不具有确定性、可质询性或者直接适用性,脱离了证据的本质。

我国的司法鉴定普遍不涉及专业学科的要求,与立法者不重视专业知识有必然联系。不具备科学属性的鉴定标准,基本上不能称作“鉴定标准”,只能成为鉴定的指导意见。这样不完备的鉴定标准不具备指导鉴定人严格尊重科学的工作态度和方法的作用,对于鉴定意见的法庭质询同样有害无益。

[General Information]
书名=法庭证据的理论与实践新探
作者=王冠卿著
页数=303
SS号=13465004
DX号=
出版日期=2014.01
出版社=北京大学出版社